جامعة القاهرة
كليـــة دار العلـــوم
قسم الشـــريعة الإســـلامية

أحكام التقادم في الفقه الإسلامي

دراســة مقــارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه

إعــــداد
محمد أحمد حسن إبراهيم
المدرس المساعد بقسم الشريعة

إشــــراف

الأستاذ الدكتور
محمد بلتاجي حسن
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الســابق
وعميد الكلية الأسبق
رحمه ا

الأستاذ الدكتور
إبراهيم محمــد عبد الرحيم
الأستاذ المساعد بقسم الشريعة

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

صفحة الإهــداء

صفحة الشكر والتقدير

فهرس عام للموضوعات

مقدمة

الحمد   رب العالمين ، وأصلي وأسلم على رسولنا الكريم صلى ا عليه وسلم . وبعد ،،،

فلم يكشف لنا الصدر الأول للإسلام في نظامه القضائي ، عن نوع من القضايا كان مضي الزمن عاملا مؤثرا فيهـا ، فقد كانت القضايا وإجراءات التقاضي وليدة وقتها ، أو تطول يسيرا ، فلم يهمل الخصوم رفع مظالمهم ، ولم يلبث حكم القاضي إلا بقدر سماع المظلمة وبينتها حتى يصدر .

ولكن لم يدم هذا الأمر طويلا ، حيث نقلت لنا مصادر الفقه الإسلامي فتـاوى بعض أئمة المذاهب المتبوعة في القـرن الثاني الهجري ، في مسـائل وقضايا لم يرفعها أصحابها إلى القضاء إلا بعد زمن متقادم ، وقد جـاء جواب هؤلاء الفقهاء والقضاة بعدم سماع مثل هذه الدعاوى ؛ وذلك لأسباب يأتي تفصيلها عند تناول أساس التقـادم ، ونشير هنا فحسب إلى أن أهم دوافعهم لعدم سماع هذه الدعاوى هو ضعف وسائل توثيق الحقوق في عهودهم ، فقد كانت الشهادة هي أهمها ، ولكن كم كان يسهل الزور فيها .

وهكذا استمرت الحال مع مرور السنين ، يترك تقدير كل قضية لما يراه القاضي في مذهبه من تحديد مدد التقادم ، حتى وحد بعض سلاطين آل عثمان هذه المدد ، وجعلها خمسة عشرعاما إلا ما استثني ، وبعـد ذلك صدرت مجلة الأحكام العدلية ، وفي الأقطار التي كانت لا تطبق فيها كانت تستصدر اللوائح والقوانين التي تحدد مدد التقادم ، حتى صار الأمر إلى ما نحن عليه اليوم ، من تفريع القوانين والتشريعات ، لتشمل غالب وجوه النشاط الإنساني ، ومحددة مددا للتقادم في كل منها .

وعلى الرغم من قدم المادة الفقهية الإسلامية للتقـادم ، ومدى تأثيره في عدم سماع الدعوى ، فإن إفراده بالتأليف لم يظهر إلا من وقت ليس ببعيد فيما

أعلمه ، فقد ظهر في عام ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م رسالة الدكتور حامد محمد عبد الرحمن للدكتوراه (نظـرية عدم سماع الدعوى للتقـادم بين الشريعة والقـانون) ، ثم تلتها مؤلفات أخرى في الموضوع ، وبعـد أن اطلعت على ما أمكنني الحصول عليه من هذه المؤلفات ، شرعت في الإسهام بدراسة تضاف إلى هذه الأعمال ، وربما يكون هذا أصعب ممن يفرد موضوعا بدراسة لم يسبق بها ؛ لأن عمله هذا إذا خرج على أي نحو فإنه يبقى له فضل السـبق ، ويصير عطاء عن ظهر يد ، بخلاف أية دراسة تتلو هـذا العمل ، ومن أهم هـذه الأعمال :

١ـ (نظرية عدم سماع الدعوى للتقـادم بين الشريعة والقـانون) للدكتور حـامد محمد عبد الرحمن ، رسـالته للدكتوراه ، لم أرهـا منشورة ، مؤرخـة بعام ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م ، شريعة وقانون القاهرة . وقد جاءت في تمهيد وبابين وخاتمة .

أما التمهيد فقد اشتمل على ثلاثة موضوعات :

الأول : التعريف بالدعوى وشروط صحتها وبالمدعي والمدعى عليه والمدعى.

الثاني : التعريف بالحق وأقسـامه .

الثالث : تقييد الحق وإطلاقه .

وجاء الباب الأول تحت عنوان (التعريف بنظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ، وتمييزها عما يشابهها ، ومجالها) ، وقد ضم ثلاثة فصول :

الأول في التعريف بنظرية عدم سماع الدعوى للتقادم .

الثاني في تمييز النظرية عما يشابهها من القواعد .

الثالث في مجال تطبيق النظرية .

ثم جاء الباب الثاني (قواعد تطبيق نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم) مكونا من ثلاثة فصول أيضا :

الأول : المدة المانعة من سماع الدعوى .

الثاني : التمسك بالتقادم .

الثالث : أثر تطبيق نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم .

وفي الخاتمة عرض المؤلف نتائج بحثه، ثم عقبها بتتمة صاغ فيها أحكام نظريته ، في صورة مواد أو مشروع قانون مستمد من الفقه الإسلامي .

٢ـ (الحيازة والتقـادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي) للدكتور محمد عبد الجـواد محمد ، صدر الكتاب عام ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م . وقد جاء في تمهيد وبابين وخاتمة .

ففي التمهيد تناول المؤلف موضوعين :

الأول : الحيازة في القانون الروماني .

الثاني : التقادم في القانون الروماني .

ثم جاء الباب الأول (الحيازة والتقـادم في فقه المذهب المالكي) مكونا من ثمانية فصول :

الأول : النصوص الأساسية في الحيازة والتقادم .

الثاني : تعريف الحيازة وعنصراها .

الثالث : أقسام الحيازة ، والتصرفات والأعمال التي تتم بها .

الرابع : شروط الحيازة وموانعها .

الخامس : مدد الحيـازة .

السادس : سقوط الدين بالتقادم .

السابع : نظرة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في مدد الحيازة .

الثامن : آثار الحيازة والتقادم في فقه المذهب المالكي .

وقـد جاء الباب الثاني (الحيازة أو اليد في فقـه المذاهب الأخرى غير المالكي) منتظما أربعة فصول :

الأول : الحيازة في فقه المذهبين الإباضي والحنبلي .

الثاني : اليد في فقه المذهبين الحنفي والشافعي .

الثالث : اليد في فقه المذهبين الشيعي والظاهري .

الرابع : نظـرات مقارنة في الحيازة والتقـادم في الفقه الإسلامي والقوانيـن الوضعية .

ثم ذكر في الخاتمة نتائج البحث ، ثم قدم مشروع قانون الحيازة والتقادم مستمدا من الفقه الإسلامي .

٣ـ (تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) للدكتور سامح السيد جاد ، وقد صدر الكتاب عام ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م . وجاء في تمهيد وفصلين وخاتمة .

ففي التمهيد عرض المؤلف أنواع الجرائم في الفقه الإسلامي ، القصاص والحدود والتعازير ، مبينا موقف كل من القصاص والتعازير من التقادم بصورة مجملة ، ومشيرا لخلاف الفقهـاء تجاه تقادم الحدود ، ثم سرد محتوى كتابه .

ثم جـاء الفصل الأول (تقـادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسـلامي) مكونا من أربعة مباحث :

الأول : تقادم الدعوى الجنائية في جرائم الحدود .

الثاني : مدة تقادم الدعوى الجنائية في جرائم الحدود .

الثالث : وقف تقادم الدعوى الجنائية في جرائم الحدود .

الرابع : تقادم الدعوى الجنائية في جرائم التعازير .

وجاء الفصل الثاني (تقادم الدعوى الجنائية في القانون الوضعي) مكونا من أربعة مباحث أيضا :

الأول : ماهية تقادم الدعوى الجنائية وأساسه وتكييفه القانوني .

الثاني : مدد تقادم الدعوى الجنائية .

الثالث : وقف سريان تقادم الدعوى الجنائية وانقطاعها .

الرابع : الآثار المترتبة على تقادم الدعوى الجنائية .

وبعد ذلك عرض المؤلف في خاتمة كتابه ملخصا له ، ثم رصد مواطن الالتقاء والافتراق بين تقـادم الدعوى الجنائية في الفقـه الإسـلامي والقانون الوضعي .

٤ـ (تقـادم الدعوى الجنائية في الفقـه الإسلامي والقانون الوضعي ـ دراسة مقارنة) للدكتور أحمد حسني أحمد طه ، رسالته للدكتوراه ، لم أرهـا منشورة ، ومؤرخة بعام ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م ، شريعة وقانون القاهـرة . وقد جاءت في تمهيد وبابين وخاتمة .

ففي الفصل التمهيدي (الأحكام العامة للدعوى الجنائية) نقف على مبحثين:

الأول : ماهية الدعوى .

الثاني : ماهية الدعوى الجنائية .

ثم جاء الباب الأول (ماهية التقادم وطبيعته) مكونا من ثلاثة فصول :

الأول : التعريف بالتقـادم .

الثاني : طبيعـة التقـادم .

الثالث : الاستثناءات الواردة على مبدأ عمومية التقادم .

وقد ضم الباب الثاني (أحكام التقادم) ثلاثة فصول أيضا :

الأول : سـريان التقـادم .

الثاني : عوارض التقـادم .

الثالث : آثـار التقـادم .

وفي خاتمة الرسـالة عرض صاحبها نتائجها ، وقـد قدمها في صورة مشروعي قانون، أولهما في تقادم الدعوى الجنائية في القانون الوضعي، والآخر في الفقه الإسلامي .

٥ ـ (تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانيـن البـلاد العربية ، مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، على ضوء أحدث أحكام النقض وما توصل إليه الفقه) للدكتور عدلي أمير خليل، وقد صدر الكتاب عام ١٩٩٢م.

٦ ـ (الحيـازة في القانونيـن اليمني والمصري ، آثارهـا وحمايتها ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) للدكتور علي محمد أحمد البناعي ، رسـالته للدكتوراه ، مؤرخة بعام ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م ، حقوق القاهرة .

منهج الدراسـة

وبعد هذا السرد الموجز لهذه الدراسات يمكن تحديد طبيعة المنهج الذي ستتبعه هذه الرسالة ، وهو المنهج النقدي التكميلي ، فهي لم تبدأ من حيث بدأت تلك الدراسات ، وإنما هي مناقشة واستكمال لها ، مناقشة ما يحتاج لمناقشة مما ورد فيهـا من استنباطات ونتائج ، سواء أكانت من اجتهاد أصحابها أم مأخوذة عن نصوص الفقهاء .

يقول الدكتورعبد الجواد ـ على سبيل المثال ـ في بداية كتابه السابق ـ ص ١٠ ـ : '' **وهأنذا أقدم البحث كاملا من الناحية الشكلية أو الكمية لا الموضوعية بقدر ما وسع الجهد . ولكني متأكد كل التأكد ، أن الموضوع لا يزال في حاجة إلى بحـوث أخرى ، وجهود أخرى ، وأوقات أخرى أوسـع . بل أعتقد أن الموضوع قد يحتاج لتصحيحات أو تعديلات، يصل إليها الباحثون المخلصون إن شاء ا** ''. ثم زاد في نهاية كتابه ـ ص ٤٥٠ ـ : '' **وإننا لفي انتظار هذه البحوث وهذه الجهود ، وهذه التصحيحات أو التعديلات . نسأل ا تعالى التوفيق للجميع** ''.

ومع المناقشة يأتي استكمال موضوعات وجزئيات لم تطرق في هـذه الدراسات ، وذلك من خـلال نصوص كثيرة للفقهاء ، تناثرت هنا وهناك في مدوناتهم ، الأمر الذي أثر تأثيرا واضحا في تغييـر بعض الأحكام والإضافة إليها . ويأتي في صدر هـذا الاستكمال تناول التقـادم بمعناه العام في الفقـه الإسلامي تعريفا وأحكاما ، حيث تغيير الحكم بمضي الزمن مطلقا ، ارتبط هـذا المضي بمـا يجري فيه الإسقاط أو الإبراء أو الحيازة ـ وما قد يصاحب ذلك من دعاوى ـ أو لم يرتبط ، وسيأتي تفصيل هذا الأمر في تعريف التقادم .

هذا وقد ركزت الرسالة في مناقشاتها على مؤلفي الدكتور حامد والدكتور عبد الجواد ؛ إذ لم تخرج الأعمال التي تلتهما عن نطاقهما ، إلا فيما لا يشـار إليه ببنان . وقد جاءت هذه المناقشات في الباب الأول من الرسالة الخاص ببيان الأحكام العامة للتقادم دون الباب الآخرالخاص بمسائل التقادم في الفقه الإسلامي؛ حيث لم يكن للمؤلفين السابقين سوى نذر يسير في بعض هذه المسائل .

كما قارنت هذه الدراسة أحكامها بأحكام القانون المصري ، مركزة على ما يثري مادة الفقـه الإسلامي ، من تفاصيل قانونيـة لم ترد بمدونات الفقـه الإسلامي ، وكشفت ـ في المقابل ـ عن أخطاء هذا القانون في بعض أحكامه ، مقدمة ما يصلح أن يكون بديلا عنها .

وأخيرا ، فقد جاءت هـذه الدراسة مكونة من بابين ، عني أولهما ببيان الأحكام العامة للتقادم ، وقد جاء تحت عنوان (الأحكام العامة للتقادم) وهو ما يمثل قسم التقعيد في الرسالة ، وجاء مكونا من ثمانية فصول هي :

الفصل الأول : تعريف التقادم .
الفصل الثاني : طبيعة التقادم .
الفصل الثالث : أساس التقادم .
الفصل الرابع : نطاق التقادم .
الفصل الخامس : مدة التقادم .
الفصل السادس : وقف التقادم .
الفصل السابع : انقطاع التقادم .
الفصل الثامن : أثر التقادم .

وجاء الباب الآخر تحت عنوان (من مسائل التقـادم في الفقه الإسلامي) وهو ما يمثل قسم التطبيق في الرسالة ، وجاء مكونا من ثلاثة فصول هي :

الفصل الأول : تقادم العبادات .
الفصل الثاني : تقادم المعاملات .
الفصل الثالث : تقادم الجرائم والعقوبات .

ثم تلا ذلك خاتمـة الرسالة ، وفيهـا استعراض نتائج الدراسـة ، أسأله سبحانه صوابها والنفع بها .

الباب الأول

الأحكام العامة للتقـادم

الفصـــل الأول تعريف التقادم

الفصـــل الثاني طبيعة التقـادم

الفصـــل الثالث أساس التقـادم

الفصـــل الرابع نطاق التقــادم

الفصل الخامس مــدة التقـــادم

الفصل السادس وقف التقـــادم

الفصـــل السابع انقطاع التقادم

الفصـــل الثامن أثــر التقـــادم

مدخـل

يمثل هذا الباب جانب التقعيد من هذه الدراسـة ، فقد عمد إلى تجميع ما أمكن تجميعه من جزئيات متناثرة ، لتقديمها في صورة قواعد وأحكـام عامة تسري على هذه الجزئيات وعلى ما شابهها .

وقد عمدت هذه القواعد إلى المعاملات والجرائم والعقوبات دون العبادات؛ حيث جاء كلام الفقهـاء في العبادات مركزا على تغيير الحكـم بمرور الوقت ، دون أن يكون للخصومات والدعاوى أي نصيب فيه ، أي جـاء كلامهم في العبادات مقتصرا على التقـادم بمعناه العـام ، والذي يعنى فحسب بتغيير الحكـم بمرور الوقت .

أما ما ذكروه في المعاملات والجرائم والعقوبات ، فقد جـاء شاملا لما ذكر في العبادات ، وزاد عليه أحكام الخصومات والدعاوى وعلاقتها بالتقادم ، وما يمكن أن ينتج عن ذلك من قواعد وأحكام عامة تضبط هذه العلاقة .

كما كان نصيب قواعد المعاملات في هذا الباب أكثر من قواعد الجرائم والعقوبات ؛ نظرا لزيادة نطـاق المعاملات ومجالاتها عن الجرائم والعقوبات ، ولأن كثيرا من قواعد الجرائم والعقوبات ارتبط ببقية أحكام الجرائم والعقوبات التفصيلية - والتي يأتي استعراضها في الفصل الثالث من الباب القادم - ارتباطا وثيقا ، الأمر الذي جعل من انفصالهما خللا بينا ، لذا فقد آثرت الدراسة إرجاء تفصيل أحكام هذه القواعد إلى الباب الآخـر في فصله الثالث الخاص بتقادم الجرائم والعقوبات .

وأخيرا ، فقد جاء جل أحكام هذا الباب مستمدا من الفقه الإسلامي ، ولم يكن نصيب القانون الوضعي المصري فيه إلا بما يثري مادة الفقه الإسلامي ؛ فقد غاب تطبيق الفقـه الإسلامي ردحـا طويلا من الزمن ، فغاب معه إثراء مفرداته . كما كشف هذا الباب أيضـا أبرز أخطاء هذا القانون في نطـاق هذه الدراسة ، مقدما ما يصلح أن يكون بديلا من الفقه الإسلامي .

الفصل الأول
تعريف التقــادم

مدخـل

قد يسبب مضي زمن ما في ذاته أثرا في تغييـر الأحكام الشرعية ، ولا يصاحب هـذا الأثر فعل سلبي أو إيجابي ، ولا فقد حق أو كسبه ، ولا دعوى ، ولا إنكار حق ؛ أي يصبح مضي الزمن وحـده مغيرا للحكم الشرعي ، مسلطا على موضوعه ، كأن تصير الميتة ملحا في الملاحات .

وقد يسبب مضي الزمن إسـقاط حق بسبب الموقف السلبي من صاحب الحق ، وقد يصاحب هـذا الأمر رفع دعوى ، ولكـن دونما إنكار حق المدعى عليه ، وذلك مثل سقوط حق الشفيع في الشفعة ، وهذا ما يقابل مواعيد السقوط في القانون . كما قد يكون مجال هـذا الإسقاط محلا للإبراء ، وذلك مثل بعض تقادم النفقات .

بيد أن ما يمثل غالب مجال التقادم ـ في الفقه الإسلامي ـ هو ما تحقق فيه الجانب السلبي أو الإيجابي ، مع فقد الحق أو كسبه ، بمصاحبة الدعوى ، وإنكار حق الخصم ، وهو ما يرتبط بتقادم الديون والحيازة .

هذه هي الأقسام الثلاثة للتقادم التي تناولها فقهاء الشريعة معنى ولفظا ، فهم وإن كانوا قد ركزوا على القسـم الأخير منه تقعيدا وتنظيرا ، فليس هذا من باب نفي ما عداه، وإنما ملاءمة لموضوعه ؛ حيث فصل الخصومات وإرساء الحقوق ، ولذا فقد اقتصرت مجلة الأحكام العدلية عليه ، بل هو وحده ما عنيت به القوانين الوضعية ، بدءا من القانون الروماني حتى زماننا هذا .

وعلى هذا ، فإن أصل التقـادم في الفقه الإسلامي إنما يقـوم على تأثير الزمن في الحكم ، انفرد الزمن بهذا الأمر أم صاحبه غيره مما ذكر في القسمين الثاني والثالث السابقين . كما أن الفقـه الإسلامي اعتبر يسـير الزمن ـ مما لم تعده القوانين الوضعية ـ تقادما ، ما دام قد تغير الحكم بهـذا الزمن اليسير ،

بل إن الفقهاء أطلقوا عليه تقادما ولم يستظلوا بسقفه اللغوي ، وسيأتي ـ خاصة في جريمة شرب الخمر ـ شواهد هذا .

تعريف التقادم بمعناه العام

وفي ضوء هذا كله يمكن تعريف التقـادم بمعناه العام بأنه **: تغير الأحكام بمرور الأزمان** . وهو ما يقتصر على القسمين الأولين من أقسام التقادم الثلاثة السابقة .

فالتقادم إنما يعنى فحسب بما كان مرور الزمن فيه سببا مباشرا في تغيير الحكم ، فلا يعـد تقادما ما مر عليه الزمان دون أن يتغير حكمه ، مثل وجوب الصلاة على من بلغ ، فإن حكم الوجوب لا يتغير بمرور السنين عليـه . كذا لا يعد تقادما ما أمكن فيـه تغيير الحكـم بغير مرور الزمن ، كتغير قيمة النقـود ـ ارتفاعا أو انخفاضا ـ مع مرور الزمن ، فهذا ليس تقادما؛ لأن مرور الزمن ليس هو المتسبب في هذا التغير ، إنما هو وعاء له ـ فضلا عن احتمال وقوع هذا التغير بين عشية وضحاها ـ فالتغير هنا إنمـا يرجع لأسباب أخرى غير مرورالزمن، من أسباب اقتصادية وسياسية وغير ذلك مما يحيط به المختصون.

فالتقادم لا يكـون تقادما إلا إذا كان هو المؤثر في تغيير الحكم ، وعدم **تصور** حدوث هذا التغيير بسبب آخـر دونه ، كمن يؤخر ـ اختيارا ـ صيام القضاء سنة أو أكثر ، إذ تجب الفدية مع القضاء عند الجمهور[(١)] ، فالمؤثر في تغيير الحكم هنا هو مرور الزمن وحده .

ولذا فإن من يترك هذا القضاء حتى يتقدم به العمر فيعجزعنه، فهذا ومثله لا يدخل في نطاق التقادم ؛ إذ سبب عدم القضاء هنا هو العجز وليس مرور الزمن الذي هو وعاء له أيضا ، فتغير الحكم هنا ـ وهو رفع القضاء ووجوب الفدية مع لزوم التوبة ـ قد اختلف سببه عما في الحال الأولى ـ قبل العجز ـ التي يجب فيها القضاء والفدية ـ في رأي الجمهور ـ بمرور الزمن وحده .

---

(١) انظر تفصيل المسألة ص ٢٧٦ .

تعريف التقادم بمعناه الخاص

أما التقـادم بمعناه الخاص ـ وهو ما يقتصر على القسم الثالث من أقسام التقادم السابقة ـ فلم أقف على تعريف له ـ كسـابقه ـ عند المذاهب الفقهية ، وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين تقـديم تعريف له من خلال فهمـه لكلام الفقهـاء عن أحكامه ، فوقفت على تعريفين في ذلك ، أولهما للدكتور حامد عبد الرحمن ، الذي عرف التقادم بأنه **'' مضي مدة معينة على وجوب أداء الحق، يمنع من سماع الدعوى أمام القاضي ''**[1] ، وقد شرح هذا التعريف بقوله :

'' (مضي مدة) يشـمل مضي جميع المدد ، فيشمل مضي مدة سـقوط الخصومة ، ومدة انقضاء الخصومة بالتقادم ، ومدة التقادم المسقط ، ومدة التقادم المكسب . ووصفت المدة بأنها (معينة) أي معروفة، وهي المدة التي استجمعت شروط المدة المانعة من سماع الدعوى .

(على وجوب أداء الحق) عبرت بوجوب أداء الحق بدلا عن استحقاق الحق ؛ حتى يشمل التعريف تقادم الشهادة الذي يجعلها محل شبهة ويؤثر فيها ، ويمنع من سـماع الدعوى عند الأحناف . وهو قيد في التعريف خرج به سقوط الخصومة وانقضاؤها بالتقـادم ؛ ذلك أنه وإن كـان قوام كل منهما مضي مدة معينة ، إلا أن هذه المدة ليست من تاريخ وجوب أداء الحق ، بل من تاريخ آخر إجراء صحيح في الدعوى .

(يمنع من سماع الدعوى) قيد ثان خرج به التقـادم المسقط والتقـادم المكسب ؛ ذلك أنه وإن كـان قوام كل منهما مضي مدة معينة على وجوب أداء الحق إلا أن مضي المدة فيهما لا يمنع من سماع الدعوى، وإنما يسقط الحق عن المتمسك به في التقادم المسقط ، ويكسب الحق للمتمسك به في التقادم المكسب .

---

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقـادم ، للدكتور حـامد محمد عبد الرحمن ، ص ٨٤ ، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، سنة ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م .

(أمام القاضي) وذلك لأن الدعاوى المتقادمة إنما لا تسمع أمام القاضي ولكن يجوز للمحكم سماعها ''[1] .

ولكن يبدو أنه يرد على هذا التعريف وشرحه بعض الملحوظات ، هي :

١ ـ لا يكفي في التعريف تقييد المدة بأنها معينة ، حيث ينبغي أن تقيد أيضـا بأنها معينة أو محددة بالشرع أو ولي الأمر أو القضاء ، بحيث لا يملك الأفراد تحديد هذه المدة ، ولذا فإن التعريف ـ دون هذا القيد ـ لا يمنع دخـول المواعيد المحددة من قبل الأفراد ـ والتي ليست من التقادم ـ فيه .

٢ـ ما ذكره الدكتور حامد تعليقا على قوله (على وجوب أداء الحق)، فقد ذكـر أنه عبر بوجوب أداء الحق بدلا عن استحقاقه ؛ حتى يشمل التعريف تقادم الشهادة. ولكن حتى التعبير بوجوب الأداء لا يحقق للدكتور حامد ما أراده؛ فهناك شهادة الحسبة ، وهي غير متعينة الأداء ، وبرغم هذا فإنها ترد بالتقادم .

٣ ـ كما أن تعبير (أداء الحق) بالتعريف ، روعي فيه جانب المدعى عليه وحده ، فهو الذي عليه الأداء ، على الرغم من أن التقـادم إنما يقوم على سكوت المدعي عن حقه زمنا محددا ، لذا يمكن حذف قوله (على وجوب أداء الحق) ليحل محله مثلا (على إمكان إقامة الدعوى) .

٤ ـ قوله في التعريف (يمنع من سماع الدعوى) لابد أن ينص فيـه على عدم سقوط الحق ، أو أن الدعوى **وحـدها** هي التي تسقط ؛ فإن التقادم في الفقه الإسلامي والقانون لا يمنع من تقديم الدعوى ابتداء ثم ردها بعد ذلك ، ثم ينفرد القانون بسقوط الحق أو كسبه ، وهو ما يجب نفيه عن التقـادم في الفقه الإسلامي .

٥ ـ ويلاحظ أيضا أن الدكتور حامدا لم ينص على وجوب إنكارالمدعى عليه حق المدعي ؛ إذ لو أقر بالحق سمعت الدعوى وقضي للمدعي بحقه . وفي

---

(١) السابق ٨٤ ، ٨٥ .

ضوء هذه الملاحظة والسابقة عليها ، يمكن أن تأتي عبارة أخرى بدلا من قوله (يمنع من سماع الدعوى) ، كأن يقول مثلا : (يسقط الدعوى دونه مع إنكاره) ، ويكون الضمير في 'دونه' و'إنكاره' عائدا إلى الحق الذي يدعيه المدعي .

والتعريف الثاني للتقادم هو ما قدمه الدكتور أحمد حسني ، حيث عنون له بـ (ماهية التقادم في الفقـه الإسلامي) ، ولكنه في واقـع الأمر لم يأت بتعريف عام للتقادم ، وإنمـا جاء تعريفه خاصا بتقادم الجرائم والعقوبات فحسب ، فبعد أن عرف التقادم لغة قال : '' أما في اصطلاح الفقهاء فمعناه : **مضي مدة معينة من الوقت ، بعد ارتكاب الجريمة ، أو بعد الحكـم بالعقوبة دون أن تنفذ على المحكوم عليه ، يترتب عليها أن يمتنع الحكم بالعقوبة أو تنفيذها** ''[1] .

ويبدو أن هذا التعريف لم يسلم كسابقه من بعض الملحوظات ، هي :

١ ـ ذكر الدكتورأحمد حسني في الحاشية المصادر التي اعتمد عليها في تعريفه ، وهي : البحر الرائق ، مواهب الجليل ، حاشـية الدسوقي ، بلغـة السالك ، البهجة . ولكن لم يرد في هذه المصادر ـ في الطبعات نفسها التي رجع إليها ـ أي ذكر لهذا التعريف سواء بلفظه أو حتى بمعناه .

ففي البحر تناول ابن نجيم في الموضع المشـار إليه[2] ، شرح زيادات قاضيخان لنظائر وأضداد مسألة '' دار في يد آخر ، ادعى رجل نصفها وآخر كلها ، وبرهنا . فللأول ربعها ، والباقي للآخر ''. وأما المصادر الأخرى فهي تخص المالكية ، وقد تناول أصحابها في المواضع المشار إليهـا[3] الكلام عـن

---

(١) تقادم الدعوى الجنائيـة ، للدكتور أحمد حسني ، ص ١٠٠ ، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، سنة ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ، ٢٤٨/٧ ، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ .

(٣) ١ ـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطـاب ، ٢٣٠/٦ ، دار الفكـر ، طبعـة ثالثـة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت . =

موضوع الحيازة وتقادم الديون ، وليس فيها أي ذكر لتقادم الجرائم والعقوبات .

٢ ـ ومما يلاحظ أيضا ، أن التعريف جعل بداية سريان التقـادم بعد الجريمة أو العقوبة التي لم تنفذ ، والصواب أن التقادم إنمـا يبدأ في الجرائم من وقت الحق في إقامة الدعوى أو الشهادة، فلو أن الشهود شهدوا على الزاني مثلا فور ارتكابه جريمته ، لكنه ظل هاربا مدة التقـادم ثم ظهر بعدها ، فإن ذلك لا يعفيه من العقوبة ؛ لأن التقادم هنا لم يتعلق بالشهادة ، وإنما تعلق بالهروب الذي لا يتأثر به .

٣ ـ وكذلك فإن التعريف ليس مانعا من دخول الإقرار فيه ، فلو مضت مدة التقادم على الجريمة ، ثم أقر الجاني بعدها فإن تقادم إقراره لا يعفيه أيضا من العقوبة[1] .

٤ ـ كما يمكن اختصار التعريف عما هو عليه ، فمثلا يمكن أن يحذف منه (من الوقت) لدلالة (مدة) عليه ، ويمكن جعل (قضاء) بدلا من ذلك ؛ لأن تحديد المدة لا شأن للأفراد به . وكذلك يمكن حذف كلمة (ارتكاب) و(بعد) الثانية . وأيضا يمكن أن تختصرعبارة (دون أن تنفذ على المحكوم عليه) إلى (قبل تنفيذها) أي تنفيذ العقوبة .

= ٢ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد عرفة الدسوقي ، ٤٣٧/٤ ، طبعـة الحلبـي بالقاهرة ، بدون تاريخ .

٣ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، لأحمد بن محمد الصاوي ، والشرح الصغير للدردير ، ٣٨٠/٢ ، مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م .

٤ ـ البهجة في شرح التحفة للتسولي ، والتحفة هي تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي ، ١٢/٢ ، دار الفكر ، طبعة ثانية ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م .

(١) إلا ما جاء عن الشيخين ـ أبي حنيفة وأبي يوسف ـ من تقادم إقرار الشارب بزوال الرائحة ، وسيأتي تفصيل ذلك وبيان عدم صوابه في الفصل الثالث من الباب الثاني .

وفي ضوء ما سبق يمكن تعريف التقادم ـ في الفقه الإسلامي ـ بمعناه الخاص المقـابل للقانون بأنه : **مضي مدة محددة قضاء على إمكان إقامة الدعوى ، التي تسقط به دون الحق مع إنكاره** .

وربما يكون هذا التعريف جامعا مانعا ، ولا يعترض عليه بأنه ليس جامعا ؛ حيث لم يتضمن كلا من الجانب السلبي والإيجابي المشارإليهما في بداية الفصل؛ ذلك أن التعريف قد ترك ذلك عمدا حتى لا يعتقد أن مشروعية التقادم إنما ترجع إلى جزاء الدائن المهمل أو مكافأة الحائز[(١)]. وإن كـان يفهم عن التعريف تضمينه الجانب السلبي .

ولا يعترض عليه بأنه ليس جامعا أيضا حيث لم يشمل شهادة الحسبة ؛ وذلك لأنه يمكن اعتبار الشـاهد هنا مدعيا ، فيصدق على هـذه الشهادة معنى الدعوى .

كما لا يعترض عليه بأنه لم يحو تقادم العقوبة ولا تقادم الإقرار بالشرب؛ وذلك لأن الصواب هو عدم تقادم هذين الأمرين على ما سيأتي بيانه في الفصل الثالث من الباب الثاني .

وأما كونه مانعا ؛ فلأنه لا يدخل الأنظمة القريبة من تقـادم الديون فيه مثل: التقادم المسقط في القانون ، ومواعيد السقوط ، والأجل ، وبعض الخيارات والشروط ، وقواعد المرافعات كسقوط الخصومة وانقضائها بالتقادم كما لا يدخل الأنظمة القريبة من الحيازة فيه كالتقادم المكسب في القانون[(٢)] .

---

(١) سيأتي في الفصل الثالث من هذا الباب تفصيل القول في أساس التقادم ومشروعيته .

(٢) هذا وتجدر الإشارة إلى أن البحث لم يناقش التعاريف العامة للتقـادم ، والتي أريد بهـا معنـاه الخاص ؛ حيث قل ذكر القيود بها ، كقول سليم رستم باز في شرحه للمجلة عن مرور الزمان بأنـه '' منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة '' شرح المجلة ٩٨٣/٢ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، طبعة ثالثة مصورة ، بدون تاريخ .

الفصل الثاني

طبيعة التقـــادم

يمكن الوقوف على طبيعة التقـادم في الفقه الإسلامي بتحديد علاقته بموضوع الحق ودعواه وبأيهما يرتبط ؟. سواء أكان حيازة (التقادم المكسب)[1] أم تقادم الديون (التقادم المسقط) .

أولا طبيعـة الحيـازة

١ ـ رأي الحنفيـة

صرح الحنفية بعدم سقوط الحق بمضي المدة ، سواء أكان في الديون أم الحيازة[2] ، وهذا يعني أن الحيازة لا تنقل الحق ـ الملك ـ بذاتها ، وإنما تصير قرينة فحسب عليه . وقد نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمن .

٢ـ رأي المالكيـة

نبدأ بيـان رأيهم بقول ابن رشد ؛ إذ إن كلامه يعد ركيزة ما ذكروه ، يقول في بداية شرحه للمسألة الثانية من رسم[3] (يسلف في المتـاع والحيوان المضمون) من سـماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق[4] : '' مجرد الحيـازة

---

(١) إطلاق الحيازة على التقادم المكسب من باب إطلاق العـام على الخاص ؛ إذ ليس كل حيـازة يشترط فيها مرور مدة التقادم .

(٢) الدر المختار للحصكفي ، وحاشـية ابن عابدين عليه (رد المحتـار) : ٤٧٣/٥ ، ٤٧٤ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ ، نسخة مصورة عن طبعـة المطبعة الأميرية بمصر .

(٣) أي : باب ، أو ما شابه ذلك . وقد أبقيت على مصطلحهم ليسهل الرجوع إليه في المصدر .

(٤) ونص المسألة : سئل مالك عن الرجل تكون بيده الأرض يزرعها في حياة أبيه زمانا يحوزهـا ثم يهلك أبوه ، فيقول : قد حزتها وهي لي ؟. قال مالك : ليس له ذلك إلا ببينة ، أرأيت لـو كـان أبوه حيا ثم قال ذلك ، أكان ذلك له إلا ببينة ؟!. ومن ذلك أن يكون الولد في مال أبيه يدبر أمـره ، فهو وغيره ممن لا يدبر بمنزلة واحدة . فقيل له : يا أبا عبد ا فإن كان أجنبيا من الناس ؟ قـال : ذلك أقوى ، أن يقول اشتريت ، ومات الشهود ، وطال الزمان . فقيل له : أفترى ذلك للأجنبي ؟. =

لا ينقل الملك عن المحوزعليه إلى الحائز باتفاق ، ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر ، ومعرفة العفاص والوكاء ، وما أشبه ذلك من الأشياء ، فيكون القول بهـا قول الحائز مع يمينه ؛ لقول النبي صلى ا عليه وسلم '' من حاز شيئا عشر سنين فهو له ''[1]. لأن المعنى عند أهـل العلم في قوله صلى ا عليـه وسلم ' هو له ' أي إن الحكم يوجبه له بدعواه ، فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيهـا الحيازة عاملة ، وهي عشرة أعوام ، دون هدم ولا بنيان أو مع الهدم والبنيان ـ على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعـد هذا ـ ، وادعاه[2] ملكا لنفسه بابتياع أو هبة أو صدقة : وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه .

واختلف إن كان هذا الحائز وارثا ، فقيل إنه بمنزلة الذي ورث ذلك عنه في مدة الحيازة ، وفي أنه لا يتبع بها دون أن يدعي الوجه الذي تصير به ذلك إلى مورثه ، وهو قول مطرف وأصبغ .

= فوقف ولم يقض فيها بشيء ، وكـان رأيه أن يراه قويا . قال ابن القاسم : وهو رأيي . البيـان والتحصيل لابن رشد الجد ، ١٤٥/١١ ، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت .

(١) مراسيل أبي داود ، باب ما جاء في القضاء ، رقم ٣٩٤ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ، طبعة أولى سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م . ويقول ابن الصلاح عن الحديث المرسل : '' صـورته التـي لا خلاف فيها : حديث التابعي الكبير ، الذي لقي جماعة من الصحابة وجالسهم ، كعبيد ا بن عدي بن الخيار ثم سعيد بن المسيب وأمثالهما ، إذا قال قال رسول ا صلى ا عليـه وسـلم . والمـشهور التسوية بين التابعين أجمعين في ذلك رضي ا عنهم '' . مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث ص ٢٥ ، للحافظ أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بـابن الـصلاح ، مكتبـة المتنبي بالقاهرة ، بدون تاريخ ولا طبعة .

وانظر الخلاف في الاحتجاج بالمرسل :

ـ جامع التحصيل في أحكام المراسيل ، للحـافظ العلائـي ، ص ٢٧ : ١٠٢ ، مطبوعـات وزارة الأوقاف العراقية ، طبعة أولى ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م . ـ علل الترمذي وشرح ابـن رجـب لهـا ٢٧٣/١ : ٣٢٠ ، دار الملاح للطباعة والنشر ، طبعة أولى ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

(٢) في الأصل : وادعاء .

وقيل تكون مدته في الحيازة أقصر[1] ، وليس عليه أن يسأل عن شيء ؛ لأنه يقـول : ورثت ذلك ولا أدري بم تصير ذلك إليه ؟. وهو ظاهر قـول ابن القاسم في رسم (إن خرجت ....) من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب[2]، وقول ابن الماجشون.وقوله عندي بين في أنه ليس عليه أن يسأل عن شيء''[3].

في هذا النص نرى ابن رشـد يقرر اتفاق المذهب على كون الحيازة قرينة فحسب على الملك ، أي لا تعد سببا من أسباب نقله وإنما تدل فقط عليه ، مثلها في ذلك مثل إرخـاء الستر على المعقود عليهـا ، ومعرفة عفاص اللقطة ووكائها[4] ، فمثلا لو جاء مدعي اللقطة إلى ملتقطها وادعى ملكيتها وعرف بها استحقها ، أما إذا لم يدع ملكيتها أو أقر بعدم ملكيته لها وعرف بها لم يستحقها ؛ إذ التعريف وحده لا يعد سببا لتملكها ، وكذلك الحيازة لا تعد وحدها سببا لنقـل الملك .

ومن هنا فإن ابن رشـد يرى أن الحائز لكي يقضى له ، لابد أن يدعي ملكية المحوز ، مبينـا سبب الملك من بيـع أو هبة أو صدقة ، مع يمينه على هذا[5] ، واستثنى من ذلك الحائز الوارث ، فقد رجح القول بأنه لا يسأل عن شيء مما سبق .

وقد يعود استثناء الحائز الوارث إلى تعذر ادعاء الحائز المورث الملكية لوفاته، أو لاحتمال عدم علم الوارث الحائز بسبب ملك مورثه، أو لإغناء دعوى الإرث من الحائز الوارث عن دعوى مورثه الملك ، أو لعلم مدعي المحوز بما

---

(١) في الأصل : أقصى .

(٢) أي كتاب الاستحقاق ، وفيه الرسم المذكور . انظر البيان والتحصيل ١٦٥/١١ .

(٣) السابق ١١/ ١٤٦ .

(٤) العِفاص : الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، من جلد أو خرقة أو غير ذلك . والوكاء : حبل يشد به رأس القربة . المصباح المنير للفيومي : عفص ، وكي . دار المعارف ـ مصر ، بدون تاريخ .

(٥) طلب اليمين وبيان سبب الملك محل خلاف في المذهب ، يأتي تفصيله في الفصل الثامن من هذا الباب ، أما شرط ادعاء الحائز الملك دون بيان سببه فليس فيه خلاف ، فلو أن الحائز لم يدع ملكيـة ما يحوزه ، واكتفى بالقول بأنه يحوزه فقط مدة الحيازة ، لم ينفعه ذلك .

يحدث وسكوته دون عذر مدة الحيازة ، الأمرالذي يشهد بأنه كان قد نقل المحوز إلى المورث الحائز بسبب من أسباب الملك[1] .

وقد اعترض أبوعلي بن رحـال[2] على ابن رشـد ، في قوله بأن الحيازة المجردة لا تنقل الملك ، يقـول : '' هذا نقله ابن عرفة وغيره عن ابن رشـد وسلموه ، وهو غير صحيح ، بل تنقل الملك للحائز عند وجود الشروط وانتفاء الموانع ، ويورث عنه المحوز ويباع ، ولا يجعل فيه ذا يد فقط ''[3].

بيد أن الرهوني[4] لم يرض اعتراض ابن رحال فرد عليه بقوله : ((إن صدور هـذا من أبي علي لمن أعجب العجب ، وإن بطلان اعتراضه على أبي الوليد ومن تبعه ، ليدركه من له تمسك في هـذا الفن بأدنى سبب ؛ لأن حاصل كلام أبي الوليد ، أن الحائز ـ إذا سلم أن أصل الملك كان للقائم واحتج عليه بالحيازة ـ له ثلاثة أحوال :

---

(١) لا يعتقد أن حالة الإرث مستثناة من قاعدة '' مجرد الحيازة لا ينقل الملك ''، وإنما هي مستثناة مما يراه بعض المالكية من وجوب ذكر سبب الملك ؛ إذ لو كانت مستثناة من القاعدة المذكورة لحكم بملكية المحوز للحائز الوارث الذي يقر بأن مورثه قد أخبره بأن علاقته بالمحوز لم تكن إلا علاقـة حيازة فحسب، أي ليست علاقة ملك. ولا قائل بهذا حتى مع بعض المالكية الذين نسب إليهم الدكتور عبد الجواد القول بأن الحيازة تنقل الملك . وسيأتي بعد قليل قول الدكتور عبد الجواد ومناقشته .

(٢) أبو علي الحسن بن رحال المعداني ، من كبار فقهاء المالكية ، من مصنفاته حاشيته على تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي ـ انظر حاشية الدسوقي ١٩٨/٤ ، منح الجليل شرح مختـصر خليـل لعليش ٢٠٠/٨ ، ٢٠١ ، دار الفكر ، طبعة سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م ـ وله شرح لمختصر خليل ـ انظر نظم المتناثر من الحديث المتواتر للكتاني ص ١٦ ـ .

(٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، ١٥٤/٧ ، المطبعة الأميرية ـ مـصر ، طبعة أولى ١٣٠٦هـ .

(٤) أبو عبد ا محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الحاج الرهوني ، من فقهاء المالكية ، برع فـي بعض العلوم خاصة الفقه ، وله حاشية كبيرة على مختصر خليل ، توفي فـي الثالـث عـشر مـن رمضان سنة ثلاثين ومائتين وألف . راجع الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى ١٢٩/٢/٣ لأبي العباس أحمد بن خالد الناصري ، تحقيق جعفر الناصري ومحمد الناصري ، طبعة أولى سنة ١٩٩٧ دار الكتاب بالدار البيضاء .

أحدهـا : أن يدعي أنه انتقل إليه منه بمعاوضة .

ثانيهـا : أن يدعي أنه انتقل إليه بتبرع كهبة .

ثالثهـا : ألا يدعي عليه بواحد من الأمرين، بل يحتج عليه بمجرد حوزه إياه على عينه وهو ساكت .

فالوجه الأول : يقبل منه ما ادعاه ، ولا يكلف بإثبات الشراء ، ويكفيه اليميـن بشهادة العرف له .

والوجه الثاني : فيه قولان .

والثـالث : لا تنفعه فيه الحيازة باتفاق .

وهذا الذي قاله **لا يخالف فيه أحد** ، وهو مأخوذ من قول الإمام السـابق في السماع (أن يقول اشتريت .... إلخ)[1]، ومن صريح قول ابن القاسم ، ففي المسألة الثانية من رسم البراءة ، من سماع عيسى من كتاب القسمة ما نصه: مسألة : قلت فلو كان حظ رجل منهم من تلك الأرض بيد أخيه عشرين سنة أو نحوها ، فمات صاحب السهم ، وطلب ذلك بنوه من بعده من عمهم ، أو لم يمت فطلب ذلك هو ، والمنزل معروف لوالدهم أنه مات عنه ؟ .

قال : إن ادعى اشتراء أو صدقة فذلك له ، أقام البينة أو لم يقم ؛ لأن في عشرين سنة ما تبيد الشهود . وإن كان لا يدعي شراء ولا صدقة ، وإنما يقول هو عندي ، فإن ذلك لا ينتفع به .

قال : ولو مات الذي كان الحظ في يديه ، فقال ورثته لا ندري بأي شيء كان في يد صاحبنا ، فليس عليهم شيء ، إلا أن يأتي الذين يدعونه بأمر يبيـن حقوقهم .

قال محمد بن رشـد : مساواته في هـذه المسألة بين الشراء والصدقة ، خلاف قوله في رسم (إن خرجت ...) من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق[2] ،

---

(١) راجع قول الإمام مالك في السماع المذكور : ص ٢٣ السابقة ، هامش ٤ .

(٢) انظر البيان والتحصيل ١٦٥/١١ .

في تفرقته بينهما في الأجنبيين؛ إذ لا فرق بين المسألتين، ولم يجعل له في رواية عيسى عنه من كتاب الاستحقاق القول قوله ، إلا في الشراء دون الصدقة والهبة والنزول . وقوله '' إن الورثة إذا قالوا لا ندري بم تصير ذلك إلى مورثنا الذي ورثناه عنه ؟ . قبل ذلك منهم ، ونفعتهم الحيازة وإن لم يدعوا الوجه الذي تصير به ذلك إلى مورثهم '' هو مذهب ابن الماجشون الصحيح في النظر .

وقد نقل ابن هشام في مفيده عن الرعيني نحو ما قاله ابن رشد ، لكنه لم يصرح بالاتفاق ، ونصه : '' فلا قيام له في ذلك ، وحجته فيما قام به داحضة ، لا منفعة له فيهـا ، إذا ادعى الحائز ذلك ملكا لنفسـه ، بوجه الملك لا بالحيازة وحدها ''.

والعجب من أبي علي رحمـه ا ، سلم ما اعتمده في التحفـة ، من أن الحيازة بشروطها لا تنفع الحائز مع دعوى الهبة ونحوها[1] ، ثم يقـول إن قول ابن رشد '' إنهـا لا تنفع وحدها مجردة '' غير صحيح ، ما هـذا إلا تهافت ، فالحق ما قاله أبو الوليد بن رشد ، من أنها مجردة لا تثبت الملك للحائز باتفاق ، وتلقاه بالقبول الناس **قاطبة** من الفحول والحذاق ، واعتمدوه في الحديث والقديم وسلموه ، وهو حقيق بالقبول والتسليم ، ووجهه ودليله واضح جلي ، خلافا لما توهمه أبو علي ، والعلم كله للكبير العلي))[2] .

يتضح مما سبق أن الرهوني قد فهم عن ابن رحال، أنه يقول بأن الحيازة المجردة تنقل الملك من المحوز عليه إلى الحائز ؛ أي يقول بأنها وحدهـا كفعل مادي تعد سـببا للملك . ولكن يبدو أن هـذا الفهم الذي فهمه الرهوني عن ابن رحال في غير محله ؛ لأن الرهوني نفسه قد نقل عن ابن رحال وغيره القول

---

(١) يرى ابن عاصم صاحب التحفة أن الحـائز إذا ادعى الهبة فعليه البينة ، أما إذا ادعى الـشراء فعليه اليمين فحسب ، يقول : أو يدعي حصـوله تبرعا   من قائم فليثبتن ما ادعـى

أو يحاف القائم واليمين له   إن ادعى الشراء منه معمله

انظر تحفة الحكام ومعها شرحاها : البهجة وحلي المعاصم ، فصل في حكم الحوز ، ٢٥٦/٢، ٢٥٧

(٢) حاشية الرهوني ٥١٤/٧ ، ٥١٥ .

باشتراط ادعاء الحائز الملكية ، وأنه لو لم يدع ذلك واكتفى بادعاء حوزه فقط لم ينفعه ذلك .

يقول الرهوني في هذا : (وقول الزرقاني '' وأما إن لم يكن له حجة إلا مجرد الحـوز فلا ينفعه . كمـا قاله ابن مرزوق ''[1]، نص كلامه : '' وبقي من أوصاف الحائز ما لا بد منه لم يذكره المصنف ، وهو أن يكون يدعي ملكية الموضع المذكور لنفســه في المدة المذكورة ، وأما إن لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا تنفعه '' .

فأفاد أنه لا بد من دعواه الملك خلال المدة ، فتكون النســبة من جملة الشروط . وقد جـزم بذلك أبوعلي ، وأنه شرط في البينة بالملكية وبالحيازة ، قائلا ما نصه : '' قد ذكره غير واحـد ، منهم صاحب المفيد '' ، ثم قـال : '' والظاهر أنه لا بد من هـذا الشرط في الموضعين ـ وإن سكت عنـه في المختصر ـ لأنها إن لم تنسب إليه فذلك يحمل على الوديعة '' .

وفي أجوبة العلامة سيدي عبد القادر الفاسي ، جوابا عن سؤال يفهم من الجواب ، وفيه أن الحـوز وقع ممن الشيء بيده المدة المعتبرة ، ما نصـه : '' الجواب ، وا سبحانه الموفق للصواب ، أن هذا الرجل حيث اعترف وأقـر أن تصرفه في تلك الأرض لم يستند إلى شيء ، وإنما وجدها عارية عن وضع يد عليها ، فأخذ يتصرف فيها ، ولم يثّبت ولا بحث عن أربابها ، فكان ذلك تعديا منه ، وإقداما على ما لا يحـل له ولا لغيره بتلك الحيازة ؛ إذ لا تعتبر شرعا ؛ حيث لم تستند لشيء . وا أعلم '' .

وفي الارتفاق لأبي علي بن رحـال ما نصه : '' ونعني بالحوز الحوز الذي يدعي معـه صاحبه الملكية ، أي هو الذي نقـول فيه ما ذكر ، وأما من أقر بأنه لا ملك له في الحوز الذي بيـده ، فإنه ينتزع من يده لمـن ثبت أنه اشتراه ..... '')[2] .

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٢٢٤/٧ ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

(٢) حاشية الرهوني ٥١٣/٧ .

وبجانب مفهوم ابن رحـال - الوارد في كلام الرهوني هذا - للحيازة الناقلة للملك ، سبق أن نقلنا أيضـا قوله في الرد على ابن رشد ، والذي اشترط فيه توافر شروط الحيازة لكي تنقل الملك[1] ، ومن شروط الحيازة شرط ادعاء الحائز ملكية ما يحوزه ، وهو ما صرح به فقهاء المذهب .

ليس هذا فحسب ، بل إن ابن رحال أيضا قد صرح - في نقل الرهوني هذا أيضا - بأن من أقر بأنه لا ملك له في الحوز الذي بيده فإنه ينتزع من يده لمن ثبت أنه اشتراه ، معنى هـذا أنه يرى ما يراه ابن رشـد ، من أن الحيازة المجردة لا تنقل الملك ، أي أن الحيازة المجردة عن دعوى الملك ، لا تصلح أن تكون سببا من أسباب التملك ، ولا تندرج تحت عقود نقل الملكية[2] .

وليس ابن رحـال وحده الذي يرى هذا ، فالنفراوي مثلا بعد أن نقـل عن بهرام وآخرين قولهم بأن الحيـازة تنقل الملك ، نبه إلى أن هذا لا يتحقق إلا بعد ادعاء الملكية ، وأن الحائز إذا لم يدع الملكية فلا يملك ما حازه ، وتسمع بينة الغير[3] .

وعلى هذا أيضـا يحمل قول كل من قال بأن الحيازة تنقل الملك ، وهذا بدوره يصل بنا إلى خطـأ القول بأن الحيازة في ذاتهـا ، انقسم المالكية حيال طبيعتها إلى رأي راجح ، يرى أنهـا قرينة فحسب على الملك ، وآخر مرجوح يرى أنها تعد سببا من أسباب الملك ، والصواب أن جميعهم متفقون على كونها قرينة فحسب على الملك ، كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء[4] .

---

(١) راجع قوله ص ٢٦ .

(٢) وحتى لو اقترنت الحيازة بشروطها ، فإنها لا تنقل الملك ؛ لأن شرط ادعاء الملك وإن كان يعد سببا لنقله في الظاهر ، فهو في حقيقته متصل بالسبب ، وليس هو السبب نفسه ، من بيع أو هبـة أو ما شابه ذلك .

(٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ، ٣٣٠/٢ ، ٣٣١ ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

(٤) وفي هذا يقول الونشـريسي : مجرد الحيـازة من غير تعرض لضميمة دعوى الملك معهـا ، لا ينقل الملك عن المحـوز عنه إلى الحائز **اتفـاقا** في المذهب المالكي ، حسـبما صرح به زعيم الفقهاء القاضي ابن رشد .... وهو مما لا نزاع فيه ولا شقاق . الرهوني ٥٢١/٧ .

وفي ضوء ما سبق يتبين أن ما ذهب إليـه الدكتور محمد عبد الجواد ، من أن الرأي الراجح عند المالكية ، والذي قال به أكثر فقهـاء المذهب ، هو أن الحيازة تعـد قرينة فحسب على نقل الملك ، وأن الرأي المرجوح هو جعلها في ذاتها ناقلة للملك ، وسببا من أسبابه كالإرث مثلا[1] ، يتبين أن ما ذكره هذا ليس صوابا ، وأن الصواب هو أنه ليس للمالكية سوى رأي واحد ، وهو أن الحيازة في ذاتهـا ، أي الحيازة المادية المجردة فحسب ، لا تعد ناقلة للملك ، ولا سببا من أسبابه ، وإنما هي دليل فحسب على الملك وبينة عليه ، مثل الشـهادة على البيع الذي يعد وحده ـ دونها ـ سببا لنقل الملك .

وقد احتاط الدكتور عبد الجواد من أن يعترض عليه ، فبعد أن نقل عن المالكية شرط ادعاء الحائز الملكية[2] ، استثنى منهم القائلين ـ في رأيه ـ بأن الحيازة وحدها تنقل الملك[3] .

ولكن هل هؤلاء لا يشترطون حقا هذا الشرط ؟ . والجواب أنه سبق قبل قليل عرض قول ابن رحال نفسه في اشتراط هذا الشرط ، وأكده بأن الحائز لو أقـر بأن علاقته بالمحوز لم تكن إلا علاقة حوز فحسب ، فإنه ينتزع منه ما بيده .

كما أن صاحب الفواكه الدواني الذي رجح قول بهرام ومن تبعه ، في أن الحيازة تنقل الملك ، سبق قبل قليل أيضا ذكر اشتراطه ما نحن بصدده .

---

(١) الحيازة والتقـادم للدكتور محمد عبد الجواد ، بند ١٣٥ : ١٦٥ ، ص ٢١٤ : ٢٣٦ ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية ، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م .

(٢) السابق بند ٦٥ ، ص ١١٣ . فهذا الشرط لا يتفق والرأي المرجوح ، إذ لو كانـت الحيـازة بذاتها تنقل الملك لما احتاج الحائز أن يدعي الملك ، وإنما كان يكفيه الحوز .

(٣) السـابق بند ١٥٤ ، ص ٢٢٨ ، وقد جعل الدكتور عبد الجواد عنوان هذا البند : الفقهـاء الذين يجعلون الحيازة تنقل الملك لم يشترطوا ادعاء الحائز الملكية . وانظر كذلك بند ١٥٥ وقد جاء تحت عنوان : الحيازة سبب من أسباب كسب الملكية .

والخرشي الذي ذكـر عنه الدكتور عبد الجـواد أنه يقـول بنقل الملك بالحيازة[1] ، يقـول بلزوم هذا الشرط ، وأن الحيازة المجردة لا تنفع الحائز ، وينسب هذا الكلام أيضا لابن مرزوق[2] ، كما أن صاحب الحاشية على الخرشي يؤكد هذا ويثبته[3] .

والرهوني في قول سابق له، ذكر أن الناس قاطبة من الفحول والحذاق ، يقولون بأن الحيازة المجردة لا تنقل الملك، كما يذكر كنون أن هذا مما لا يخالف فيه أحد قطعا[4] .

فليس معنى سكوت بعض الفقهاء عن ذكر هـذا الشرط ، أنهم لا يقولون به ؛ إذ هو عندهم أثبت من أن يذكر، والدكتور عبد الجواد نفسه قد صرح بهذا، يقول : '' والواقع أن معظم فقهاء المذهب المالكي ، لم يتعرضوا لشرط ادعاء الحائز ملكية المال المحاز ، ولكن هذا الشرط مفهوم ضمنا ''[5] . فلا أدري بعد هذا ، من أين جزم الدكتور عبد الجواد ، بنسبة القـول بعدم اشتراط هذا الشرط إلى أصحاب القول المرجوح ؟! .

وإذا كان الدكتور عبد الجواد قد نفى نسبة هذا الشرط إلى أصحاب الرأي المرجوح ، ولم يكن تحت يديه ما يستند إليه، فإنه في نسبة القول '' بأن الحيازة بذاتها تنقل الملك '' إليهم كان له ما يستند إليه ، بيد أن أدلته في هذا لا يسلم له بها .

فقد استند لهم بحديث الحيازة (من حاز شيئا على خصمه عشـر سنين فهو أحق به منه)[6] ، يقول : '' الحديث يفترض وجود خصمين ، حائز ومالك

---

(١) السـابق بند ١٤٣ ، ص ٢٢١ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل ٢٤٣/٧ ، دار صادر ـ بيروت ، بدون تاريخ .

(٣) حاشية العدوي على الخرشي ٢٤٣/٧ ، دار صادر ـ بيروت ، بدون تاريخ .

(٤) حاشـية كنون على الرهوني ٥٠٨/٧ ، المطبعة الأميرية ـ مصر ، طبعة أولى ١٣٠٦هـ ، وانظر حاشية الدسوقي ٢٣٤/٤ ، والحطاب ٢٢١/٦ ، ٢٢٤ .

(٥) الحيازة والتقادم بند ٦٥ ، ص ١١٤ .

(٦) راجع تخريجه ص ٢٤ هامش ١ وراجع توجيه ابن رشد للحديث ص ٢٤ أيضا .

للشيء المحاز ، وأن الحائز الذي تستوفي حيازته الشروط الشرعية ، يكون أحق بملكية المال الذي يحوزه من مالكه ؛ وذلك ـ فيما يبدو لنا ـ لأن المالك أهمل ملكه،وترك الحائز يتصرف فيه تصرف المالك فيما يملك مدة عشر سنين ،،[(١)] .

وما يلاحظ هنا هو أن الحديث يفترض وجود حائز وخصم، وليس وجود حائز ومالك ، والخصم قد يكون مالكا للمحوز وقد يكون غير مالك له، فلا سبيل للجزم إذن بأن الملك قد انتقل من الخصم إلى الحائز ؛ إذ قد يكون الخصم غير مالك .

كما أن استيفاء شروط الحيازة ، سبق أن استثنى منها الدكتورعبد الجواد شرط ادعاء الملكية دون دليل ، والمفترض أن قوله هنا '' وأن الحائز الذي تستوفي حيازته الشروط الشرعية يكون أحق .....'' يشمل شرط ادعاء الملكية؛ لأن الدكتور عبد الجـواد يرى أن الحديث يستنبط منه ومن غيره لزوم هـذه الشروط ، فلا مبرر إذن لإسقاط شرط ادعاء الملكية. وهذا يعني أن الحديث لا يشهد له بأن الحيازة وحدها تنقل الملك .

ثم إن الملك لا يسقط بإهمال صاحبه ، ولو اعتبرنا سقوطه بمعنى نقله ، فإنه لا يتم بالإهمال أيضـا ، فلم يقل أحد بأن الإهمال يعد سببا من أسباب نقـل الملك .

كما يرى الدكتور عبد الجواد كذلك ، أن القائلين بأن الحيازة في ذاتهـا تنقل الملك ، يستندون في ذلك إلى تمييز الحيازة عن غيرها من أسباب الملك ، بحيث إذا لم تكن كذلك فإنها تصبح لا خصوصية لها، وقد نقل عن التسولي قوله في هـذا المعنى ، يقول التسولي : (لما قال ابن رشـد ' مجرد الحيازة لا ينقل الملك اتفاقا ، ولكن يدل عليه كالعفاص والوكاء في اللقطة ' ، قال ابن رحال في شرحه عقبه : ' هو عندي غير صحيح ، بل ينقل الملك ' ونقل على ذلك أنقالا، ثم قال ' وإن أراد ابن رشد أن الملك لا يقطع بنقله ، كما قاله ابن عرفة وغيره،

(١) الحيازة والتقادم ، بند ١٣٩ ، ص ٢١٩ وقد أكد المعنى نفسه بند ١٥١ ، ص ٢٢٧ .

فلا خصوصية للحيازة، بل كذلك الإرث والشهادة الصريحة وغير ذلك '. قلت : ولكن مراد ابن رشد هو ما قاله ثانيا ، من أنه لا يقطع بنقله ، بدليل قوله ' ولكن يدل عليه ' ، وحينئذ فلا وجه لاعتراض الشيخ الرهوني على ابن رحـال ؛ لأن ابن رحال إنمـا أجال الأمر والنظر بين أن يقول أراد لا ينقله فلا يصح ، وبين أن يريد لا يقطع بنقله فهو صحيح ، ولكن لا خصوصية لها)[1] .

ومما علـق به الدكتور عبد الجواد في هـذا الصدد قوله : يعال هؤلاء الفقهاء اعتبار الحيازة ناقلة للملكية على أساس تمييزها ، كسبب لنقل الملكية عن الأسباب الأخرى ، وإلا فإنها تكون لا خصوصية لها ، إذا لم تؤد إلى نقل المال المحاز إلى الحائز بذاتها ، وبدون أي سبب آخر[2] .

وأشير بداية إلى أنه ليس مراد ابن رشد كما قال التسولي ، مما فهمه من كلام ابن رحـال ودال عليه، أي ليس مراده أن الحيازة المجردة تعـد سببا لنقل الملك ظاهرا ؛ لأن كلام ابن رشد في جهة مغايرة لجهة الظاهر والباطن ، فهو أساسا لا يجعل الحيازة المجردة سببا للملك ، وإنما بينة على هـذا السبب ، كالتعريف باللقطة يعد بينة على سبب تملكها الذي هو دعوى ملكيتها ، وكإرخاء الستر يعد بينة على الخلوة ، وكالشهادة تعد بينة على البيع .... وما دام يرى أن الحيـازة المجردة لا تعـد سببا للملك ، فإن ما يتفرع عن هـذا السبب لا يراه بأولى ، وهو وصفه بظاهر أو باطن .

كما أنه من المعلوم أن أسباب نقل الملك نفسها ، لانستطيع أن نجزم بأنها تنقله ظاهرا أو باطنا ، فالبيع مثلا قد ينقـل الملك ظاهرا وفي حقيقة الأمـر ، وقد يمس ظاهرا فحسب ويحكم ـ برغم هذا ـ بنقل الملك به .

وما دام ابن رشـد يقول بنفي نقل الملك بالحيازة وحدها ، فيلزم عن هذا أنه يقول أيضـا بأنها لا تنقله باطنا ولا ظاهرا ؛ إذ إن نفي نقـل الملك باطنـا

---

(١) انظر : البهجة ٢٥٤/٢ .

(٢) انظر : الحيازة والتقادم بند ١٣٥ ، ص ٢١٥ .

لا يحتاج إلى تنويه ، فلم يبق إلا أن يقول بنفي الظاهر . فربط التسولي بين تشبيه ابن رشد الحيازة بالتعريف باللقطة ، وبين أن يستنبط من هذا القول أن ابن رشد يرى أن الحيازة وحدها تنقل الملك ظاهرا ، ربط منفك العرى .

ثم ألا يكفي أن نجعل للحيازة خصوصية البينة على الملك ؟! ، لو تأملنا كونها بينة على الملك لوجدنا أنهـا أهم من سبب الملك نفسـه ؛ إذ ما أسهل أن يدعي الحائز ملكه للمحوز ، مبينا سببه أو غير مبين ، ولكن ما يشق عليـه هو أن يثبت حيازته للمحوز إذا كـان غير حائز إياه . هذا بجانب أن حيازته مدة التقادم ترد عنه دعوى الخصم وبينته .

وعلى افتراض صحة ما ذكره ابن رحـال والتسولي ، فإننـا نقف على تصريحهما بلزوم اشتراط ادعاء الحائز الملكية، وبأن الحوز وحده لا ينقل ملكا، وقد سبق قبل قليل نقل تصريح ابن رحال بهذا[1] ، أما التسولي فيقول : '' وهذا كله [أي في حالة عدم تكليف الحائز ببيان وجه ملكه] إذا ادعى الحائز أنه ملكه، وأما إن ادعى أنه حوزه فقط ، فلا إشكال أنه لا ينفعه ذلك ''[2]. ولا إشكال إذن في القول بأن المالكية متفقون على أن الحوز لا ينقل الملك .

وبهذا القول أيضا للتسولي يحمل طعنه[3] ـ مستشهدا بكلام الرجراجي ـ في دعوى '' الاتفاق على أن الحيازة المجردة لا تنقـل الملك '' التي قالها ابن رشـد ، يحمل على شيء مغاير لما قصده ابن رشد ، فابن رشد يعني بالحيازة المجردة الحوز وحـده ، دون أي شيء آخـر ، أي الفعـل المادي فحسب ، والتسولي يريد به ـ بناء على قوله السـابق وتفسيره لكلام ابن رشـد السابق أيضا ـ الحوز المتضمن دعوى الملك ، وهذا الأخير محل خلاف في المذهب ،

---

(1) راجع قوله ص ٢٩ فقد صرح فيه بأنه يعني بالحوز الحوز الذي يدعي معـه صاحبه الملكية ، وبجانب هذا كان يرى عدم تكليف الحائز ببيان وجه ملكه ، ولهذا كان الخلاف بينه وبين ابن رشد ، وسيأتي مزيد تفصيل لهذا الأمر في الفصل الثامن من هذا الباب .

(2) البهجـة ٢٥٧/٢ .

(3) السابق ٢٦١/٢ .

في كونه هل ينقـل الملك دون يمين ولا بيان سبب الملك أم لا ؟ . وابن رشـد لم يدع فيه الاتفاق ، بل ذكر فيه رأيه فحسب[1] .

وأخيرا، فقد استند الدكتور عبد الجواد ، في نسبة القول بأن الحيازة تنقل الملك ، إلى أصحاب القـول المرجوح من المالكية ، استند إلى بعض عباراتهم الواردة في هذا الصدد ، حيث تعلق بكل لفظ ورد عنهم في نقل الحيازة للملك ، ليصرفه إلى جعل الحيازة في ذاتهـا ناقلة للملك ، أي تعد سببا له وليست قرينة عليه فحسب .

وما يسترعي النظر هنـا ، هو أن النصوص التي أوردها الدكتور عبد الجواد ، ليستدل بها على ذلك ، نجد أن بعضها يشهد لعكس ما أراده ، فقد عقد مطلبا عنوانه (الحيازة تسقط الملك ، أو تنقله من المالك إلى الحائز) وقد أورد فيه جملة نصوص يرى أنها تشهد لذلك ، وكان يصدر كل نص يورده في هـذا المطلب بعنوان جانبي يعبر عن مضمونه .

ومن المقبول أن نرى عنوانا جانبيا لأحد هـذه النصوص يقول فيـه : (الحيازة تنقـل الملك عن المالك إلى الحائز) وما شابه ذلك من العناوين التي توافق العنوان العـام للمطلب ، ولكن لا يكـون مقبولا أن يورد عناوين جانبية أخرى تؤيد رأي المخالف ، مثل (الحيازة كالشـهادة على الملك) ، (الحيازة تسقط حجة المدعي وتقطع دعواه) ، والنصوص التي أوردها في ذلك تشهد كذلك لما عنون له ، من جعل الحيازة قرينة فحسب على الملك .

أما النصوص التي أوردها ليستدل بها على نقل الحيازة للملك ، نجد أن أصحابها لم يقصدوا بها أن الحيازة بذاتها تنقل الملك ؛ لأنهم أنفسهم ـ وهذا ما

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن التسولي نفسه ، قد نقل عن غيره ما يؤكد خطأ فهمه لكلام ابـن رشـد ، كقول أبي الحسن في الحائز '' وأما لو لم يدع إلا مجرد الحيـازة ، فقال ابن رشـد : لاخلاف أنه لا ينفعه ؛ لأنه مقر بالملك لغيره ، مكذب لشـاهد العرف الذي هو الحيازة '' ـ البهجة ٢٦١/٢ ـ ففيه نفي نقل الملك مطلقا ، ظاهرا وباطنا .

لم يورده الدكتور عبد الجواد ـ قد صرحوا بأن الحيازة وحدها مجردة لا تنفع الحائز، ولا تنقل إليه ملكا، صرح بهذا ابن رحال والنفراوي والخرشي والتسولي والحطاب وغيرهم ، وقد سبق قبل قليل إيراد أقوالهم أو الإشارة إليها. وأما كون بعض الألفـاظ الواردة في عباراتهم جاءت بنقـل الملك ؛ فلأنهم يرون وجوب ادعاء الحائز الملك ـ كما مر ـ والملك ينقل بهذه الدعوى التي ترجع لأحـد أسباب نقله ، والحيازة تصير بينة عليه .

وإذا كان مقبولا أيضا ، أن ينسب الدكتورعبد الجواد نقل الملك بالحيازة إلى بعض المالكية ، حتى لو كـان على غير صواب فيمـا ذهب إليه ، فإنه لا يكون مقبولا أن ينسب ذلك إلى الإمام مالك نفسه ، ليت هذا فحسب ، بل صرح بأنه يقول بأن الحيازة تسقط الملك عن صاحبها لتنقله إلى الحائز ؛ أي أنه يجعل الخصم مالكا في حقيقة الأمر ، ولكن ملكه ينقل عنه إلى الحائز بفضل الحيـازة وحدها ، وكأنه يقول بنقل الملك بالحيازة في واقـع الأمر وباطنه . كما يرى الدكتور عبد الجواد أيضا أن الإمام مالكا يكون بهـذا قد فاق القانون الوضعي ، الذي اكتفى بجعل الحيازة سببا من أسـباب الملك ، دون أن يسـقط الملك عن مالكه .

يقول تحت عنوان (الإمام مالك يرى إسقاط الملكية بالحيازة) : (وإذا كان الرأي السـائد أن الفقه الإسلامي ، ومصدره الأول القرآن الكريم ، إنما هو نظام قانوني يقوم على أساس الدين ، وأن '' اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير به الغاصب أو السارق مالكا ، بعد حيازته لما غصب أو سـرق مدة معينة ، وأنه يحول بيـن الحق وصاحبه ؛ لتركه المطالبة به مدة من الزمن ، في حين أن مضي الزمن ليس من شأنه أن ينشئ حقا أو يسقط حقا '' كما يقول أستاذنا وأستاذ الجيل الشيخ علي الخفيف .

وإن رجال التشريع الوضعي في أخذهم بنظام التقـادم ، يرون أنه يقوم '' على أسباب ودواع لها من القوة والأهمية ، بحيث صار ما دعت إليه من هذه

الأحكام مصلحة اجتماعية اقتصادية ، لا ينبغي إهمالها في نظرهم '' كما يقول أيضا .

فإن هـذه الأسباب والدواعي المهمة القـوية ، والمصلحة الاجتماعيـة الاقتصادية ، أو ما شابه ذلك من أسـباب ، كانت الأساس لأقوال وآراء فقهـاء المذهب المالكي، وعلى رأسهم الإمام مالك، الذي يرى فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهـر الطويل ، فإن ذلك مما يسـقط الملك ، ويمنع الطالب من الطلب .

ولم يصل القانون الروماني ولا القوانين الوضعية الحديثة إلى '' إسقاط الملكية '' بالتقادم أو الحيازة ، ولكنها جعلت التقادم سببا مكسبا للحق ، وسمته التقادم المكسب ، وبخاصة بالنسبة للعقارات ، ولم تجعله أبدا سببا مسقطا .

وبالرغم من أن رأي الإمام مالك لم يأخذ به إلا قلة من تلاميذه ومقاديه ، إلا أنه سيظل رأي الإمام مالك وكفى)[1] .

وقد استند الدكتور عبد الجواد في نسبة هذا الأمر للإمام مالك ، إلى قول للمازري فهم عنه ذلك ، يقول الدكتور عبد الجواد تحت عنوان (الحيازة تسقط الملك ، والسكوت كالإقرار) : '' يقول الحطاب[2] : وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك فيمن له شيء ، ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهـر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب . قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ، وإذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب ، فالطلب ممنوع في سائر المطالب، دون وثائق وأحكام ورباع ، بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به

(١) الحيازة والتقادم بند ٦ ، ص ١٨ .

(٢) نسب الدكتور عبد الجواد هذا القول إلى الحطاب خطأ ، والصواب أن الحطاب نقله عن البرزلي الذي نقله عن المازري . فالصواب نسبته إلى المازري لا الحطاب . انظر مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

من الطالب للمطلوب ، بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب ''[1] .

وقد علق الدكتورعبد الجواد على هذا النص بقوله: ''يفهم من هذا النص:

١ ـ الحيازة تشمل جميع أنواع الأموال من عقـار ومنقول مما يمكـن حيازته شرعا .

٢ ـ الإمام مالك يسقط ملكية المال المحاز عن المالك لمصلحة الحائز .

٣ ـ وقد أخذ بقوله بعض كبار الفقهـاء في المذهب ، من أصحابه كعبد ا بن وهب وعبد ا بن الحكم ، ومن تلاميذه كأصبغ .

٤ ـ وطبقا لهذا الرأي فإن سكوت المالك طوال مدة الحيازة ، وهو يرى الحائز يتصرف في ملكه تصرف المالك فيما يملك ، يعتبر كالإقرار المنطوق به منه للحائز ، بأنه لا حق له عنده ''[2] .

هذا ما ذكره الدكتور عبد الجواد عن الإمام مالك ودليله عليه ، ولكـن لا يسلم له ذلك لما يأتي :

١ ـ برغم غرابة ما نسبه الدكتورعبد الجواد إلى الإمام مالك ، فإنني لم أر أحدا من المالكية ، نسب إلى الإمام مالك القول بأن الحيازة وحدهـا ، تنقل الملك للحائز وتسقطه عن المحوز عليه ، حتى المالكية الذين نسب إليهم الدكتور عبد الجواد بعض هذا القول ، لم ينسبه واحد منهم إليه ، وكذلك الحطاب ـ الذي أثبت عبارة المازري التي استدل بها الدكتورعبد الجواد فيما نسبه للإمام مالك ـ لم ينقل عن الإمام مالك مثل هذا ، وإنما اكتفى بكلام ابن رشد الذي حكى الاتفاق على أن الحيازة المجردة لا تنقل الملك، ولم أر من طعن في كلام ابن رشد بأن إمام المذهب يرى خلافه . فبماذا يفسـر الدكتور عبد الجواد سكوت هؤلاء عن مثل هذا ، برغم ما نقله جمع المالكية عن ابن رشد ؟! .

---

(١) انظر الحيازة والتقادم بند ١٤٢ ، ص ٢٢٠ وانظر أيضا مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

(٢) الحيازة والتقادم بند ١٤٢ ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

٢ ـ ما ورد عن الإمام مالك نفسه من أنه لا يعتد بالحيازة وحدها في نقل الملك ، من ذلك أنه سئل عن الرجل ، تكون بيده الأرض يزرعها في حياة أبيه زمانا يحوزها ، ثم يهلك أبوه ، فيقول : قد حزتها وهي لي ؟ . قال مالك : ليس له ذلك إلا ببينة ، أرأيت لو كان أبوه حيا ثم قال ذلك، أكان ذلك له إلا ببينة ؟! ، ومن ذلك أن يكـون الولد في مال أبيه يدبر أمره ، فهو وغيره ممن لا يدبـر بمنزلة واحـدة . فقيل له يا أبا عبد ا فإن كان أجنبيـا من الناس ؟ قال : ذلك أقوى أن يقول اشتريت ، ومات الشهود ، وطال الزمان . فقيل له : أفترى ذلك للأجنبي ؟ فوقف ولم يقض فيها بشيء وكان رأيه أن يراه قويا. قال ابن القاسم : وهو رأيي[١] .

ولو تركنا رفض الإمام مالك نقـل الملك بالحيازة للابن ، وأنه لا بد من البينة لنقله ، فإننـا نراه يشترط دعوى الشراء من الحائز الأجنبي ، ولم يكتف بحيازته وحدها، وبرغم هذا توقف في أن يقضي له بها ، وإن كان يرى ـ غير مصرح ـ أن موقفه قويا في نقل الملك إليه بدعوى الشراء ، وعجز الحائز عن البينة لموت الشهود ، وطول زمن الحيازة[٢] . فأين كل هذا مما نسبه الدكتور عبد الجواد إليه ، من أنه يقول بأن الحيازة وحدها تسقط الملك عن المحوز عليه وتنقله إلى الحائز[٣] ؟! .

٣ ـ ما ذكـره الدكتور عبد الجواد ، من أن بعض تلاميـذ الإمام مالك كأصبغ قد أخذ برأيه ، ليس في محله ؛ إذ إن أصبغ نفسه ـ ومعه مطرف ـ قد اشترط على الحائز الوارث ـ حتى ينتفع بالحيازة ـ أن يبيـن وجه حيـازة

---

(١) سبق ذكره ص ٢٣ هامش ٤ ، وانظر البيان والتحصيل ١٤٥/١١ .

(٢) ولهذا فقد استدل الرهوني بهذه الرواية على أن الحيازة وحدها لا تنقل الملك . حاشية الرهـوني ٥١٤/٧ .

(٣) وقريب من هذه الرواية ، ما أثبته الدكتور عبد الجواد نفسه وأقره ، من أن الإمام مالكـا كـان يعتد بشهادة السماع في الدور المتقادم حيازتها ، حيث لم يكتف بالحيازة وحدها . انظـر الحيـازة والتقادم بند ٢٤ ، ص ٥٢ ـ بند ١٣٧ ، ص ٢١٧ .

مورثه[1] ، فكيف بالحائز الأصلي ؟! . وما دام قد انتفى عن أصبغ القـول بأن الحيازة وحدها تنقل الملك ، فإنه ينتفي تبعا لهذا القول عمن أشركهم الدكتورعبد الجواد معه في نفس الحكم ، وفي مقدمتهم الإمام مالك .

٤ ـ ثم كيف يجعل الدكتور عبد الجـواد القانون موافقـا للإمام مالك ، والقانون يعتد بسـوء نية الحائز ـ الغصب ـ ويجعـل حيازته وحدها سـببا لاكتساب الملك ؟!. فهل يقول الإمام مالك بمثل هـذا ؟! . الذي يؤخذ من كـلام الدكتور عبد الجواد أن الإمام مالكا يقول به ؛ إذ إنه يسـقط الملكية عن المالك الحقيقي بالحيازة وحدهـا ، ثم ينقلها للحائز . ولو أنه اقتصر على جعل الحيازة سببا لاكتساب الملك ـ كالقانون ـ لأمكن نفي مثل هـذا عن الإمام مالك[2] ، ولكن أن تسقط الملكية بالحيازة وحدها ، فليسع الحائز إذن ـ شرعا ـ غصب الأموال بالحيازة !! .

٥ ـ وفي ضوء ما سبق ، يتعين حمل كلام المازري السابق على معنى مغاير لما حمله الدكتورعبد الجواد ، وهو أن تكون الواو في قوله (فإن ذلك مما يسـقط به الملك ، ويمنع الطالب من الطلب) عطفا تفسيريا ، وليسـت لعطف المغايرة ؛ إذ لو كانت كذلك لما كـان لجملة (يمنع الطالب من الطلب) فائـدة مستأنفة بعد سقوط الملك ، أي أن هذه الجملة تفسر لنـا سقوط الملك ، بأن ترد الحيازة دعوى المدعي وبينته ، لا أن تكون سببا لسقوط الملك عن المحوز عليه ونقله إلى الحائز .

٦ ـ يؤيد ما سبق ، أنه ليس في كلام المازري ما يشير إلى أن الحائـز ادعى الحيازة وحدها أو لم يدع الملك ، فضلا عن أن يستنبط منه الدكتور عبد الجواد أن الحيازة وحدها تسقط الملك وتنقله إلى الحائز .

---

(١) البيـان والتحصيل ١٤٥/١١ ، ١٤٦ .

(٢) مثل ما سبق بيان نفيه عن أصحاب القول المرجوح في رأي الدكتور عبد الجواد .

٧ ـ ومما يدل على هذا أيضـا ، أنه ورد في نهاية قول المازري ، أن سكوت الطالب طول مدة الحيازة على ما يفعله الحائز في ملكه ، يعد كالإقرار المنطوق منه للمطلوب ، بأنه لا حق عليه ولا تباعة ولا طلب . فنلاحظ أنه قد أرجع نقل الملك إلى شيء آخر غير الحيازة وحدها .

٨ ـ وكذلك يؤيد ما سبق ، اقتصار جواب الإمام مالك في بعض مسائل الحيازة ، على قصر دورهـا على رد دعوى القائم وبينته ، ولم يشـر إلى أن الحيازة وحدها كانت سببا في نقل الملك[١] .

٩ ـ وأخيرا، فإن عبارة المازري قد وردت في سياق جواز الحكم بتغليب الأحوال ، والمناسب في هذا الصدد هو حمل معناهاعلى أن تكون الحيازة قرينة فحسب على الملك ، لا أن تكون بذاتها سببا لإسقاطه عن المحوز عليـه ونقله إلى الحائز ؛ إذ لو كانت كذلك لما أدرجت في عداد الحكم بتغليب الأحـوال ، وإنما في عداد الحكم بمسببات الأشياء ، مثل بقية أسباب نقـل الملك التي تنقله بذاتها ، مستغنية في ذلك عن تغليب الأحوال .

هذا عما استدل به الدكتورعبد الجواد ، في القول بأن الإمام مالكا يسقط الملك وينقله بالحيازة وحدها ، والجواب عليه . وبجانب هذا الاستدلال ذكـر أن روايات المدونة بعضها يؤيد هذا القول ، وبعضها يرى أن الحيازة قرينة فحسب على الملك وليست سببا لإسقاطه أو نقله . ومع الافتراض بأن الروايات الأولى سلمت دلالتها لما يراه ، فكـان أولى به أن يحملها على الأخرى ، أو أن يرجح الأخرى عليها ؛ ليوافق بذلك الراجح في المذهب في رأيه .

وأولى روايات المدونة التي أوردها الدكتورعبد الجواد ، وفهم عنها أن الإمام مالكا يقـول بأن الحيازة وحدها تنقل الملك ، هي : '' أرأيت إن شهدوا على دار أنهـا في يد رجل منذ عشر سنين ، يحوزها ويمنعها ويكريها ويهدم ويبني ، وأقام آخـر البينة أن الدار داره ، أيجعـل مالك الذي أقـام البينة على

---

(١) المدونة للإمام مالك ٩٩/٤ ، دار الفكر ، بدون تاريخ ـ التاج والإكليل ٢١٠/٦ .

الحيازة ـ وهي في يديه ـ بمنزلة الذي يقيم البينة ـ وهي ليست[1] في يديه ـ أنها له ، فيكون أولى بها في قول مالك ، ويجعل مالك الحيازةَ إذا شهدوا بها بمنزلة الملك ؟ . قال : قال مالك بن أنس : إذا كـان حاضرا يراه يبني ويهـدم ويكري فلا حجة له ..... ''[2] .

وقد علق الدكتور عبد الجـواد على هذه الرواية بقوله : '' يفهم من هذا النص :

١ ـ أن الحائز قد أثبت حيازته المستوفية للشـروط بالبينة ، أي بشهادة الشهود.

٢ ـ وأن مدعي ملكية الدار أثبت ببينة مماثلة ملكيته لهذه الدار .

٣ ـ غاب مالك بينة الحائز بحيازته على بينة المالك بملكيته . وهـذا الحل هو الذي يتفق مع رأي الإمام في إسقاط الملكية بالحيازة ''[3] .

وما يلاحظ هنا هو أن الدكتور عبد الجواد قد صدر هذه الرواية بعنوان (الحيـازة بمنزلة الملك ، ترجيح بينـة الحيازة على بينـة الملك) ، وجملـة '' الحيازة بمنزلة الملك '' ليست من كلام الإمام مالك ، وإنما وردت في نهاية كلام سحنون السابق استفهاما لا تقريرا .

وحتى لو جاءت إخبارا فإنهـا لا تفيد أن الحيازة بذاتها تعـد سببا لنقل الملك ، وإنما تؤدي لنتيجة هذا السبب بطريق غيره ، وهو عدم النظر في دعوى القائم وبينته ، وهو ما عبر عنه الإمام مالك في جوابه بقوله '' فلا حجة له '' ، فلم يجب بأن الحيازة وحدهـا كانت سببا في نقل الملك ، بل لم يرد في الرواية ـ سؤالا وجوابا ـ أن الحائز اكتفى بدعوى الحيازة نافيا دعوى الملك .

وما ذكـره الدكتورعبد الجواد ، من أن تغليب الإمام مالك (البينة على الحيازة) على (البينـة على الملك) هـو ما يتفق ورأيه الذي يسـقط الملكية

---

(١) أشار الدكتورعبد الجواد إلى أن كلمة 'ليست' ليست بالأصل ، وأنه قد زادها ليستقيم المعنى .

(٢) الحيازة والتقادم بند ١٣٦ ، ص ٢١٦ . وانظر المدونة ٩٩/٤ .

(٣) الحيازة والتقادم بند ١٣٦ ، ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

بالحيازة ، ما ذكـره هذا يتفق كذلك مع الرأي الآخر ، الذي يجعل من الحيازة قرينـة فحسب على الملك . كما أن سكوت الإمام مالك عن لزوم ادعاء الحائز الملك في هذه الرواية ، لايفهم عنه أنه ينفيه ، بدليل اشتراطه إياه في الروايات الأخرى ، وكأنه يرى أنه أوضح من أن يشـار إليه في كل مرة ، خاصة عند النص على خصومة الطرفين .

وقد أشار الدكتورعبد الجواد ـ في حاشيته ـ خلال تعليقه على هـذه الرواية إلى رواية ثانية من المدونة تؤيد رأيه ، وهي : '' عبد الجبار عن ربيعة أنه قال : إذا كان الرجل حاضرا ، وماله في يد غيره ، فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك ، كان المال للذي في يديه لحيازته إياه عشر سنين ، إلا أن يأتي الآخر بالبينة على أنه أكرى أو أسكن أو أعار عارية أو صنع شيئا من هـذا ، وإلا فلا شيء له ''[1] .

وقد علق الدكتورعبد الجواد على هـذه الرواية بقوله : '' يفهم من هذا النص أن سكوت المالك على حيازة الحائز لماله تجرده من ملكية هذا الشيء ، إلا إن أثبت أن حيازة الحائز عرضية ''[2] .

ومن نظـر في هذه الرواية يجد أنهـا عن ربيعة وليس الإمام مالك ، وحتى لو كانت عن الإمام مالك فإنها لا تدل على ما يريده الدكتور عبد الجواد بدلالة ما سبق .

وآخر الروايات التي أوردها الدكتورعبد الجواد ، ويرى أنها تشهد بأن الإمام مالكا يقول بأن الحيازة بذاتها تسقط الملك عن المالك وتنقله إلى الحائز ، هي ما جاءت جوابا لإحدى المسائل ، يقـول الإمام مالك : '' إن كـان المدعي حاضرا بالبلد التي الدار فيها، وقد حيزت دونه السنين، يراهم يسكنون ويحوزون

---

(١) الحيازة والتقادم ، بند ١٤٠ ، ص ٢١٩ . وانظر المدونة ٩٩/٤ ، ١٠٠ .

(٢) الحيازة والتقادم ، بند ١٤٠ ، ص ٢١٩ .

بما تحاز به الدور ، فلا حق له فيها ''[1] .

أي لا يتوصل إلى حقـه بعدم قبول دعواه وبينتـه ؛ بسبب سكوته على حيازة ماله، لا أن تكون الحيازة بذاتها سببا لإسقاط الملك عنه ونقله إلى الحائز، يدل على هـذا التفسير لجملة (لا حق له فيهـا) قول الإمام مالك في الرواية الأولى : '' إذا كـان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له '' . هـذا بجانب ما سبق عرضه من أدلة ، تشـهد بأن الإمام مالكا لا يجعل من الحيازة وحدها سببا لنقل الملك .

وبعد هذا العرض التفصيلي لما قاله الإمام مالك والمالكية عن الحيازة ، نصل إلى اتفاق كلمتهم على أن الحيازة المجردة أي الحيازة وحدها لا تعد سببا لإسقاط الملك ولا نقله ، وإنمـا هي قرينة فحسب على الملك كإرخاء السـتر ومعرفة العفاص والوكـاء ، وأنه من الخطـأ أن ننقل عن المالكية ـ كما فعل الدكتورعبد الجواد ـ أن لهم رأيين في هذا الصدد ، راجحهما هو كون الحيازة قرينة على الملك ، ومرجوحهما هو كونها سببا لنقل الملك .

٣ـ رأي ابن القيـم[2]

وافق ابن القيم المالكية في القول بعدم سماع دعوى القائم ؛ لسكوته دون عذر المدة الطويلة وهو يرى تصرف الحائز ، يقول : '' قالوا : إذا رأينا رجلا حائزا لدار ، متصرفا فيها مدة سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة ، وهو ينسبها إلى نفسـه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ، ويشـاهد

---

(١) السـابق بند ١٤١ ، ص ٢٢٠ . وانظر المدونة ١٠١/٤ .

(٢) باعتبار أن فقهه غير مذهبي ، وقد صنف في السياسة الشرعية وتناول موضوع تقادم الدعوى ، ووافق المالكية فيما ذهبوا إليه من عدم سماع الدعوى بالتقـادم ، حيث لم يرد عن الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية عدم سماع الدعوى بالتقادم ، وإن كان بعض متأخري الشافعية جدا قد أفتى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان لنهي ولي الأمر عن هذا السماع . على أن جميعهم اتفقـوا على أن الحق قديم لا يسقط أو يكتسب بالتقادم . كما سيأتي تفصيل أدلتهم في رفض تقادم الجـرائم والعقوبات في الفصل الثالث من الباب الثاني .

أفعاله فيها طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يذكر أن له فيها حقا ، ولا مانع يمنعه من مطالبته ، من خوف سلطان أو نحوه من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث ، وما أشـبه ذلك مما تتسامح به القرابات والصهر بينهم ، في إضـافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه، بل كان عريا عن ذلك أجمع ، ثم جاء بعد طول هـذه المدة يدعيها لنفسه ، ويريد أن يقيم بينة على ذلك ، فدعواه غير مسموعة أصلا ، فضلا عن يمينه ، وتبقى الدار في يد حائزها ؛ لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة، قال تعالى: وأْمر بِالْعرف وَأعرض عن الجاهِلِين [1] ، وأوجبت الشـريعة الرجوع إلى العرف عنـد الاختلاف في الدعاوى ، كالنقـد وغيره ، وكذلك يؤخذ بهذا في هذا الموضع ، وليس ذلك خلاف العادات ، فإن الناس لا يسكتون على ما يجري هـذا المجرى من غير عذر ''[2] .

ففي هذا النص نقف على ما ذكره ، من أن الحائز ينسب الدار إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكـه ، أي لا تعـد الحيازة وحدها ـ دون هذا الادعاء ـ سببا للملك .

٤ـ رأي الإباضيـة[3]

ذكر الدكتور عبد الجـواد أن الرأي الراجح عندهم هو جعـل الحيازة بشروطها سببا للملك ، يقول : '' الرأي الراجح في فقه المذهب الإباضي ، يأخذ بأن الحيازة تنقل ملك المال الذي عرف أصل ملكه لأحد إلى الحائزالذي تستوفي حيازته الشروط المحددة . وبذلك يكون المذهب الإباضي هو المذهب الوحيد بين المذاهب الفقهية العديدة الذي أخذ بنظـام الحيازة ، بنفس الوضع الذي تأخذ به

---

(١) الأعراف : ١٩٩ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ١٥٦ ، ١٥٧ ، مكتبة المدني ـ جدة ، بدون تاريخ .

(٣) النيل وشرحه ، النيل للشيخ الثميني ، وشرحه للشيخ أطفـيش ، ١٣ / ٥٠٢ : ٥٢٤ ، مكتبـة الإرشاد ـ جدة ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

القوانين الوضعية ''[1] .

ويقول أيضا في موضع آخر : '' المذهب الوحيد الذي يسقط الحـق بالحيازة أو التقادم هو المذهب الإباضي ، ويستند في ذلك إلى الحديث النبوي في الحيازة ، وإلى أسباب عملية كهذه التي يستند إليها القانونيون ''[2] .

ولكن لا يسلم للدكتور عبد الجواد فيمـا قاله ؛ إذ إن تشبيه الحيازة عند الإباضية بما هي عليه في القانون ليس في محله، فقد اشترط الإباضية في التملك بالحيازة ادعاء الحائز ملكية ما يحوزه ، والدكتور عبد الجواد نفسـه قد صرح بهذا[3] ، وهـذا الشرط لا يذهب إليـه القانون ، إذ إنه يجعل الحيازة بذاتها سببا لاكتساب الملك .

كمـا أن المذهب الإباضي ليس هـو المذهب الوحيد الذي يجعل الحيازة بشروطها سببا لنقل الملك ، فقد سبقهم المالكية بهذا القول ، وقد ذكروا أيضا أن الحيازة إذا خلت من شرط ادعاء الحائز الملكية ، فإنها تصبح قرينة فحسب على الملك ، وقد سبق قبل قليل بيان ذلك تفصيليا .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ٢٥٠ ، ص ٣٤٣ .

(٢) السـابق ص ٤١٨ .

(٣) يقول : '' وكذلك شرط ادعاء الملك ، أي أن الحائز يجب أن يدعي أنه المالـك للمـال الـذي يحوزه ''. الحيازة والتقادم بند ٢٢٧ ، ص ٣٢١ . وقد نقل في هذا نصا من النيل وشرحه ١٣/ ٥٠٤ وهو '' (ويعطي ويمنع) أويفعل بعض ذلك ، ويدعيه ملكا له ..... '' .

ثانيا   طبيعة تقـادم الديـون

١ـ رأي الحنفيـة

صرح الحنفية بأن التقـادم يسقط الدعوى دون مساس بموضوعها ، بحيث لو اعترف المدعى عليه بحق المدعي فإنه يلزمه الوفاء به قضاء وديانة ، أما إذا أنكره فإن الحق يصبح عاريا عن الدعوى[١] .

٢ـ رأي المالكيـة

استعرض الدكتورعبد الجواد رأي الإمام مالك والمالكية في المسـألة ، حيث نقـل نصا من المدونة يوضـح موقف الإمام مالك ، يقول : (جـاء في المدونة : '' ولقد قال مالك في الرجل يقر لقوم أن أباهم كان أسلفه مالا ، وأنه قد قضاه والدهم . قال مالك : إن كان الذي ادعى حديثا من الزمان والسنين ، لم يتطاول ذلك ، لم ينفعه قوله قد قضيت إلا ببينة قاطعة على القضاء ، وإن كـان قد تطاول زمان ذلك أحلف المقر ، وكان القول قوله '')[٢] .

وقد علق الدكتورعبد الجواد ـ بعد أكثر من مائة صفحة ـ على هذا النص بقوله : (والإمام مالك ، في النص المنقول عن المدونة ، لم يذكر سقوط الدين، وإنما قرر أنه إذا '' تطاول زمن ذلك، أحلف المقر، وكان القول قوله ''. وذلك يعني أن الشخص الذي اعترف بدين عليـه لرجل مات ، وترك أولادا وادعى ـ في الوقت نفسه ـ قضاء هـذا الدين لنفس دائنه قبـل وفاته ، يجب أن يحلف اليمين على أنه سدد هذا الدين ، وبغير ذلك لا تبرأ ذمته من الدين . وإذا كان الإمام مالك لم يتعرض لسقوط الدين ، فإنه قرر '' سقوط الملك '' بالحيازة)[٣] .

---

(١) ابن عابدين ٣٤٢/٤ وما بعدها .

(٢) الحيازة والتقادم بند ٢٨ ، ص ٥٨ . والنص بالمدونة ٩٠/٤ .

(٣) الحيازة والتقادم بند ١١٢ ، ص ١٧٣ . وقد سبق مناقشة الدكتورعبد الجواد فيما عزاه للإمام مالك من سقوط الملك بالحيازة .

واقتصار الدكتورعبد الجواد على هـذا النص ، ربما يفهم عنه أن الإمام مالكا قد يقول بسقوط الدين نفسه وليس المطالبة به وحدها ، خاصة أنه أشار لموقف الإمام مالك من الحيازة ، بيد أن المازري نسـب إلى الإمام مالك سقوط الدعوى والمطالبة بالدين دون تعرض لسقوط الدين نفسـه ، يقول : (إذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام وهو حاضر مع المطلوب ، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه ، وسكت عن الطلب ، فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع **لطلب** الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرون سنة ، وهو قول مطرف ، أو ثلاثون سنة ، وهو قول مالك ؟ واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة **لطلب** الطالب)[1] .

وقد تعرض الدكتورعبد الجواد كذلك لبيان موقف فقهاء المذهب من هذه المسألة ، يقـول تحت عنوان (سقوط الدين أو سقوط طلب الدين) : (يتحدث فقهاء المذهب المالكي عن سقوط الدين أو عدم سقوطه بصفة مطلقة ، أو بطلان الحق أو عدم بطلانه ، والبطلان هنا يعني السقوط .

ويلاحظ هنا أن سقوط الدين أو بطلانه يقوم على أساس قرينة الوفاء به ، ولكن التقادم المسقط في القانون الوضعي يقوم على أساس مضي الزمن فقط ، أي أن مرور الزمان وحـده كاف بحد ذاته لإسقاط الحق المدني[2] ، وإن تخلف عنه التزام طبيعي كما تقول القوانين المدنية الوضعية .

ولما كـان الالتزام الطبيعي مرجعه ، من ناحية وجوب الوفاء به ، إلى ضمير المديـن ، فإنه يمكن القول ، في مثل هـذه الحالة ، بأن هـذا الحكم في القوانين الوضعية يسـاير الوضع في الفقه الإسلامي ، من حيث حكم القضـاء ببراءة ذمة المدين الذي استطاع بوسيلة أو بأخرى إقناع القاضي ببراءة ذمته ، وهو في الحقيقة مدين للمدعي .

---

(١) مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

(٢) سيأتي تفصيل الكلام عن أساس التقادم بالفصل القادم .

ولذلك وضع رسـول ا صلى ا عليه وسلم القاعدة المشهورة ، التي تقضي بأن حكم القضاء لا يبرئ ذمة المدعى عليه، إلا إذا كان معبرا عن حقيقة الواقع ، حيث قال : '' إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئا، فإنما أقطع له قطعة من النار'')[1].

ثم وضع الدكتور عبد الجواد عنوانا جانبيا تحت العنوان السابق ، وهو (الحطاب يقرر سقوط طلب الدين لا الدين نفسه)، يقول فيه : (النصوص التي نقلناها في سقوط الدين بالتقادم ، عن الكثرة من فقهاء المذهب المالكي ، تتحدث عن سقوط الدين أو بطلانه، ولكن فقيها واحدا ـ على قدر ما استطعنا الحصول عليه من المراجع ، وعلى قدر ما وسعنا البحث فيها ـ هو الحطاب ، قد انفرد من بينهم بالحديث عن سقوط طلب الدين ، لا سقوط الدين نفسه . فالعنوان الذي وضعه للموضوع يقول '' في المدة التي يسـقط بها طلب الدين '' وينقل تحته عن ولد ابن فرحون قوله '' السـاكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له ، ويصدق الغريم في دعوى الدفع ...... '' .

فهل يمكن أن نفهم من ذلك ، أن الحطاب يرى أن الذي يسقط بمضي المدة هو الحق في المطالبة بالدين ، وأنه يفصـل بذلك بين حق المطالبة بالدين والدين نفسـه ؛ لاحتمال ألا يكون المدين قد قضى دينه ، وفي هذه الحالة يسقط الحق في المطالبة بالدين ، ولكن الدين نفسه يظـل باقيا في ذمة المدين الذي يتحمل وزر ذلك أمام ا ؟ .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ١١٢ ص ١٧٢ ، ١٧٣ . والحديث أخرجه :

ـ البخاري ، كتاب الحيل ، باب إذا غصب جارية فزعم أنهـا ماتت .... ، طبعة الشعب بمصر ـ بدون تاريخ .

ـ مسلم ، كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة . دار إحياء الكتب العربية ، الحلبي ، بدون تاريخ .

وإذا صح هذا الفهم ، الذي بنيناه على نص العنوان الذي وضعه الحطاب والقول الذي نقله تحته ، فإن الحطاب يكون قد وضع أساس '' الدفع بالتقادم '' في الفقه الإسلامي . وهو الدفع الذي يرد به المدعى عليه دعوى المدعي بمجرد تمام مدة التقادم التي يحددها القانون ، دون أن يتعرض لأصل الحق)[١] .

يتضح مما سـبق أن الدكتورعبد الجواد ، يرى أن المالكية قد ذهبوا إلى سقوط الدين نفسه بالتقادم ، واستثنى منهم الحطاب الذي يرى سقوط طلب الدين أو دعواه ـ فحسب ـ بالتقادم ، ولكن ليس من شك في أن الدكتورعبد الجواد يرى أن قول المالكية بسقوط الدين نفسه يعني سقوطه قضاء لا ديانة ، وهو ما دلل عليه في قوله السابق ، وهذا بدوره يدفعنا للتساؤل عن الفرق بين القول بأن التقادم يسقط الدين قضاء فحسب ، وبين اقتصار دوره على رد دعوى الدائن ؟! خاصة أن إقرار المدين بحق الدائـن سيقبل في كليهما ، بحيث تسمع الدعوى ويقضى بقضاء الدين .

وهذا يعني أن الخلاف بين الحطاب وبقية المالكية خلاف متوهم ، وأنهم لم يقصدوا بتعبير(سقوط الدين) إلا عدم قبول طلب المدعي أو دعواه لا سقوط الدين نفسه ، يؤيد هذا أنهم لم يؤكدوا لفظ الدين بشيء ، فلم أر واحدا منهم يذكر ـ حتى في النصوص التي أوردها الدكتور عبد الجواد عن بعضهم ـ أن الدين (نفسه) أو (ذاته) يسقط بالتقـادم ، وما جاء من تأكيد للدين في كلام الدكتور عبد الجواد السابق فلم يكن إلا من تصرفه هو[٢] .

يؤيد هذا أيضا ما نقله الدكتور عبد الجواد نفسـه عن الدردير ، يقول : '' يقول الدردير في الشرح الصغير : وأما الديـون الثابتة في الذمم ، فقيل يسقطه مضي عشـرين عاما ، مع حضور رب الديـن وسكوته ، وهو قـول

(١) الحيازة والتقادم بند ١١٣ ، ص ١٧٤ .

(٢) مثل ما ذكـره من أن '' الحطاب قد انفرد من بينهم بالحديث عن سقوط طلب الدين ، لا سقوط الدين نفسه '' .

(مطرف) ، ... ''[1] .

وفي البند نفسه الذي نقل فيه الدكتورعبد الجواد هذا النص عن الدردير ، أثبت نصـا للمازري يتضح من خلاله أن المقصود بسقوط الديون ، هو سقوط طلبها لا سقوطها هي نفسها، يقول المازري : '' إذا طال الزمان على الطالب ، وبيده وثائق وأحكام ، وهو حاضر مع المطلوب ، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه ، وسكت عن الطلب ، فاختلف المذهب في حـد السكوت القاطع **لطـلب** الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول **(مطرف)** ، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك ؟ . واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة **لطـلب** الطالب ''[2] .

يتضح من هذين النصين ، أن الدردير حينمـا نقل عن مطرف القـول بسقوط الدين بعد عشرين سنة ، لم يكن يقصد بذلك إلا سقوط طلب الدين وليس الدين ذاته ؛ بدلالة ما جاء في نص المازري . وهـذا التجوز في العبارة من الدردير شأنه شأن بقية من تجوزوا في العبارة من فقهاء المالكية .

ومما يؤكد كون الخلاف بين الحطاب وبقية المالكية خلافا متوهما ، هو أنني لم أر له ذكرا فيما وقفت عليه من مصادر الفقه المالكي ، حتى إن الحطاب نفسه ـ وهو ممن يحرصون على تدوين خلافات المذهب ـ لم يذكره ، برغم أنه ـ في رأي الدكتور عبد الجواد ـ الوحيد الذي تكلم عن سـقوط المطالبة بالدين لا الدين نفسه ، أي أنه طرف أصيل في الخلاف .

وما ذكره الدكتور عبد الجواد ، من أن الحطاب يكـون قد وضع بذلك أساس الدفع بالتقـادم في الفقه الإسلامي ، فغير مسلم به كذلك ؛ لأن من سبق الحطاب من المالكية يقولون بهذا أيضـا ، وعلى رأسهم الإمام مالك ، ومنهم

---

(١) الحيازة والتقـادم بند ١١١ ، ص ١٧١ . وقد أثبت الدكتورعبد الجواد نصا مماثلا للـدردير أيضا من الشرح الكبير .

(٢) الحيازة والتقـادم بند ١١١ ، ص ١٦٩ . وقد سبق قبـل قليل الاستشهاد بهذا النص على أن الإمام مالكا يقول بسقوط طلب الدين لا الدين نفسه .

أيضا مطرف والمازري وولد ابن فرحون وغيرهم ، وكل هؤلاء أثبت الحطاب نفسه أقوالهم في سقوط طلب الدين بالتقادم وليس الدين نفسـه . وإذا ما تركنا المذهب المالكي نجـد أئمة المذهب الحنفي ـ ممن سبقوا الحطاب ـ قد قالـوا أيضا بدفع الدعوى بالتقادم على ما سبق ذكره وما سيأتي بيانه .

وبعد هذا الاستعراض لمذاهب الآخذين بالحيازة وتقـادم الديون ، نصل إلى القـول بأن الفقه الإسلامي يحدد طبيعة الحيازة ـ التقادم المكسب ـ بأنها قرينة فحسب على الملك ، والشأن ذاته في تقادم الديون ـ التقادم المسقط ـ يعد قرينة على وفاء الدين أو الحق ، بحيث يقتصر دوره على رد المطالبة به دون أن يتأثر الحق نفسـه ، حيث إن هـذه الدعوى تصير مقبولة إذا أثبت المدعي إقرار المدعى عليه بموضوعها[1] .

(١) ستأتي مناقشة الحنفية فيما ذكروه من تأثر الحق نفسه بالتقادم المتعلق ببعض الجرائم والعقوبات في الفصل الثالث من الباب القادم . كما أنني لم أثبت كلام الحنفية في هذا الموضوع هنا ؛ لارتباطه الوثيق ببقية الأحكام المثبتة هناك .

ثالثا طبيعة التقادم في القانون

صرح المشرع بجعل الحيازة سببا من أسباب كسب الملكية ، من ذلك ما نص عليه في المادة (٩٦٨ مدني) : '' من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية هذا الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة '' .

كما صرح المشرع بتقادم الحق بالتقـادم المسقط حتى لو أقر به المديـن ـ عدا التقادم الحولي ـ ، من ذلك ما نص عليه في المادة (١/٣٧٥ مدني) : '' يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعيـة ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المترتبـة والمهايا والأجور والمعاشات '' .

والتقادم الجنائي ـ باعتباره تقادما مسقطا ـ لم يختلف عما سبق ، فقد أسقط الدعوى والعقوبة عن الجاني بمدد محددة ، بل عده القانون من النظـام العام ، بحيث يجب على المحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، ولا يقبل طلب الجاني بمحاكمته[1] .

وقد حاول الدكتور عبد الرازق حسـن فرج رد قاعدة التقـادم في الفقه الإسلامي إلى القواعد الموضوعية لا الإجرائية ، حيث جعل أثرها منصبا على الحق ذاته ؛ إذ إن الحق إذا خلا عن الدعوى صار معدوما ، كمـا أن قاعدة التقـادم هي المقابل الفعلي لقواعد التملك بمضي المدة ، وكذا سـقوط التعهدات والديون بها أيضـا ، فهي من لب قواعد الموضوع في القوانين الوضعية ، ولا توجد أية قاعدة غيرها في الشرع الإسلامي لتنظيم الحقوق التي تمضي عليهـا

---

(١) انظر تفصيل ذلك : انقضاء سلطة العقاب بالتقادم للدكتور محمد عوض الأحـول ، ص ٣٦٣ : ٣٨٦ ، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة ، سنة ١٩٦٤ .

المدة[1] .

ولكـن لا يسلم بأن الحق يصير معدوما ـ في الفقه الإسلامي ـ إذا خلا عن الدعوى ؛ لأن الدعوى نفسها لا تعدم مع إقرار المدعى عليه بحق المدعي ، ولو كان الحق يعدم بالتقادم لعدمت معه الدعوى أيضا ، حتى لو اقترنت بإقرار المدعى عليه بحق المدعي . وقد ذكرنا أن الفقهاء يقصرون أثر التقادم على الدعوى وحدها ، وأن الحق يظـل باقيا ويلزم المدعى عليه ديانة إذا أنكـره ، وقضاء إذا أقر به ، أي يظل الحق باقيا في كلا الحالين ، ارتبط بالدعوى أو لم يرتبط . فالفقه الإسلامي لا يمكنه بحال أن يكسب حقـا أو يسقطه بالتقـادم ، والقانون قد حاد عن الصواب في إقراره هذا الأمر .

كما لا يسلم بأن قاعدة التقادم في الفقه الإسلامي ، هي المقابل الفعلي لها في القانون الذي يجعلها من لب الموضوع ؛ لأن فقهاء القانون أنفسهم اختلفوا في التقـادم ، هل هو من القواعد الموضوعية أم الإجرائية أم أنه ذو طبيعـة مشتركة بينهما ؟. ومع غض الطرف عن هذا فإنه لا يلزم من تشـابه نظامي التقادم في الفقه الإسلامي والقانون في بعض قواعدهما ، أن ننفي عنهما بعض الاختلاف بينهما .

---

(١) دوام حق الملكية ص ٢١١ ، بدون ناشر ، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

الفصل الثالث
أسـاس التقــادم

المبحث الأول أساس تقادم الديـون

المبحث الثاني أســـاس الحيــــازة

المبحث الأول

أساس تقـادم الديـون

رأي الحنفيـة

ذكر الحنفية أن المدعي الساكت عن حقه مدة التقـادم دون عذر ، بأنه محتال في دعواه ، وأن شاهديه شاهدا زور[1] ، وقد فسر بعض الفقهاء كالشيخ المراغي حكم الحنفية هذا بقوله: '' من خبرالقضاء وألم بماضيه البعيد والقريب، لا يزال في نفسه أثر من مرارة الشكوى من أحكـام صدرت بزوجيات وأنساب ووصايا وأوقاف وشروط في أوقاف ونفقات لمعتدات متعنتات ، وكانت هذه الأحكام تبنى على شهادة الشـهود وحدهم ، وعلى حيل أحكم أمرها ودبرت فيها طرق التزوير بمهارة ، وكانت التجارب دائمـا تؤيد صدق هذه الشكايات وخطأ تلك الأحكام ، فلم يكن لولاة الأمر بد من أن يضعوا سدا أمام ذمم الشهود التي تباع وتشترى ''[2] .

فولي الأمر له أن يقيد المباح لمصلحة راجحة ، وإذا كان المدعي له أن يطالب بحقه ، فإن ولي الأمر له أيضا تنظيم المطالبة بهـذا الحق ؛ إذ إنه الأداة التي يستطيع المدعي من خلالهـا الوصول إلى حقـه ، فليس المدعي وحـده المتحمل عناء المطالبة، وإنما القسط الأوفر منه يقع على عاتق القضاء، المطالب بالوثوق من بينة المدعي المتقادمة ، حتى يتسنى له الحكم باسترداد حقه ، وفي هذا ما فيه من العناء والمشقة ، فدور ولي الأمر هنـا يقتصر على تحديد مدة التقـادم بما يراه مناسبا ، أي أن ولي الأمر ليس هـو الباعث الحقيقي للتقـادم الذي ترد به الدعوى التي تحمـل اتهاما لصاحبها ، وإنما هـو محدد أطر هذا الاتهام وكاشف عنه تحقيقا للعدل ما أمكن ، ولا يقتصر هذا الدور على التقـادم المسقط ، وإنما يتعداه إلى المكسب أيضا .

---

(١) انظر مثلا : حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

(٢) الاجتهـاد، للشيخ المراغي ، ص ٥٨ ، هدية مجلة الأزهر بالقاهـرة ، عدد صفر ١٤١٧هـ . وكلامه وإن جاء في سياق أهمية توثيق الحقوق ، فقد أثبته أيضا عند كلامه عن مضي المدة .

هـذا ، وقد نقـل الدكتور حامد عبد الرحمن عن بعض مصادر الفقـه الحنفي ، أن أسـاس النهي عن سماع الدعوى بعـد ثلاثين سنة أو أكثر ، هـو اجتهاد الفقهاء ـ فقهاء الحنفية ـ ، وأن أساس النهي بعد خمس عشرة سنة هو أمر ولي الأمر ، وأنه لا يجوز سـماع الدعوى على المنكر بعـد تركها مدة التقـادم ـ ثلاثين سنة أو أكثر ـ حتى لو أمر ولي الأمر بسماعها ؛ لأن ولي الأمر لا يملك مخالفة الشرع ، وإنما تجب طاعته فيما وافق الشرع .

ثم أورد ـ عن هذه المصادر ـ سؤالا وجوابه ، يذكر فيه أن ولي الأمر إذا كان لا يملك أن يزيد في هذه المدة ، فهل له أن ينقص منها ، فيجعل أجلا أدنى من ذلك حدا لعدم سماع دعوى المدعي المهمل على المدعى عليه المنكر؟.

وأجاب بأنه يجوز لولي الأمر أن يحدد مدة أدنى من ذلك ، ويجعلها حدا لعدم سماع دعوى المدعي المهمل على المدعى عليه المنكر ؛ وذلك بمقتضى ما له من حق في تخصيص القاضي بنوع معين من الدعاوى[1] .

ولكن من أين جـاء تحديد مدة التقادم حتى نقول إن الزيادة عليها مخالفة للشرع ؟ . ألم تأت من اجتهاد الفقهاء المبني على عوائد الناس وأعرافهم ؟! . أي أن تحديدهم ليس نصا ثابتا لا تجوز مخالفته . ثم أليس تعديل ولي الأمر مدة التقـادم مبنيا أيضا على اجتهاد الفقهاء ـ إن لم يكن هو نفسه مجتهدا ـ الأمر الذي يجعل من مخالفته مخالفة للشرع أيضا ؟!. كما أن جواز نقص المدة يلزم عنه جواز زيادتها ؛ إذ كلاهما مخالف لتحديد المدة المعين بالشـرع . ثم كيف لا يملك ولي الأمر الزيادة على ما حدده الفقهـاء ، وقد زاد بالفعل في دعـوى الحيازة ؟!. فالحنفية وإن لم يقيدوا لهـا مدة محددة ، فإنهم جعلوا المدة اليسـيرة ـ كالسنوات الثلاث ـ مانعة من سماعها[2] ، وبرغم هـذا فقد نصت المجلة ـ المقننة على الفقه الحنفي ـ في المادة (١٦٦٠) على عدم سماع دعوى الملك بعد خمس عشرة سنة .

---

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٩٠ : ٩٢ ، ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ ، ٤٧٣/٥ .

هـذا ، وربما يفهم من كلام الدكتور حامد السابق ، أن التقادم مبني على إهمال المدعي ، بعدم مطالبته بحقه في المدة المحددة . بيد أن هـذا الفهم غير صحيح ؛ فقد يطالب الدائن مدينه بحقه سرا سترا عليه ، فهو بهذا لا يعد مهملا، وبرغم هـذا فإنه لا يستطيع أن ينال حقه إذا انقضت مدة التقـادم ، ولو كـان التقادم مبنيا على الإهمال لما سقطت دعواه .

ثم إن كثيرا من الناس لا يعلم حكم التقـادم ، ولا يدري أن دعواه سترد به، فلا نستطيع أن ننسب إليه إهمالا بعدم المطالبة القضائية؛ لاعتقاده مشروعية المطالبة بحقه في أي وقت ، خاصة إذا كان يطالب به بالطرق الودية أثناء مدة التقادم ، وبرغم هـذا فإن دعواه تسقط بالتقادم ؛ لأن الجهل بالتقادم ليس عذرا موقفا له ؛ إذ لو كان الأمر كذلك لادعاه كل مدع ، ولما كان للتقـادم مجال للتطبيق .

وقد أبطل الدكتور عبد المنعم البدراوي أن يكون التقادم المسقط ـ في القانون ـ مبنيا على إهمال الدائن ، ومما قاله في هذا الصدد : '' إذا أمكن نسبة تقصير إلى الدائن ، ألا يمكن نسبة التقصير أيضا إلى ذلك المدين الذي يقعد عن تنفيذ التزامه ؟ فكل منهما إذن مقصر ، وليس هناك سبب واضح لمعاقبة أحدهما على الآخر ''[1] .

رأي المالكيــة

إذا كان الحنفية قد ركزوا على جانب المدعي في تبريرهم للتقادم ، بأنه متهم في دعواه ، فإن المالكية قد صرفوا تركيزهم إلى جانب المدعى عليه ، وقد تعددت تعليلاتهم في ذلك ، منهـا أن المدعى عليه لا يستطيع أن يحضر شهوده بعد هذه المدة ؛ لإمكان موتهم أو نسيانهم ، فإن '' الساكت عن طلب الديـن ثلاثين سنة لا قول له ، ويصدق الغريم في دعوى الدفع ، ولا يكلف الغريم ببينة

(١) أثر مضي المدة في الالتزام ص ٢٤ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول (القاهرة) ، سنة ١٩٥٠م . وهو رسالته للدكتوراه بحقوق القاهرة .

لإمكان موتهم أو نسيانهم للشهادة ''[1] .

ولا يعترض بأنه إذا كان هذا هو الظن بشهود المدعى عليه، فأولى بذلك شهود المدعي ؛ لأن المدة في جانبهم أطول ، إذ إنهم شهدوا على الدين ، وشهود المدعى عليه شهدوا على القضاء ، فينبغي ـ قبل أن ينظر إلى المدعى عليه ـ رد دعوى المدعي المبنية على الشهادة . أقول لا يعترض بهـذا ؛ لأن شهود المدعى عليه المظنون موتهم أو نسيانهم ، إنما شهدوا على القضاء ، وهذا يعني أن المدعى عليه يقر بالدين ، بيد أنه يدعي وفاءه ، فلسنا إذن بحاجة إلى مطالبة المدعي بشهوده ما لم ينكر المدعى عليه الدين[2] .

ومما ذكره المالكية أيضا في تبرير التقادم ، تعميم حديث الحيازة ليشمل الديون ، يقول المازري : (إذا طال الزمان على الطالب ، وبيده وثائق وأحكام، وهو حاضر مع المطلوب ، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحـوه ، وسكت عن الطلب ، فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول مطرف ، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك ، واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب ، وقوله عليه السـلام '' لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم ''[3] معلل بوجـود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور،

---

(١) مواهب الجليل ٦ / ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

(٢) وقد جاء التصريح بادعاء المدعى عليه القضاء في المدونة في باب '' في الشهادة على السماع في الدور القريب حيازتها '' ، فقد ورد عن الإمام مالك في الرجـل يقر لقوم أن أباهم كان أسـلفه مالا ، وأنه قد قضاه والدهم . قال : إن كان الذي ادعى حديثـا من الزمان والسنين ـ لم يتطاول ذلك ـ لم ينفعه قوله ' قد قضيت ' إلا ببينة على القضاء ، وإن كان قد تطاول زمان ذلك ، أحلـف المقر وكان القول قوله .

(٣) لم أقف عليه فيمـا بحثت فيه من كتب السنة ، وهـو في كثير من مصادر الفقه المالكي ، وقد ذكره الإمام محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة في ' الحجة ' من جملة كلامه وليس كرواية، ودون أن يذكر فيه القـدم . الحجة ٤٤/٣ ، عالم الكتب ـ بيروت ، الطبعـة الثالثة ١٤٠٣هـ ـ .
وسواء أصح الحديث من جهة سنده غير المذكور هنا أم لم يصح فإن معناه صحيح .

حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بهـا سبب المطلوب ، بدليـل قوله صلى ا عليه وسلم '' من حاز شيئا على خصمه عشـر سنين فهو أحق به ''[1] ، فأطلق عليه السـلام ذكر الحيازة ، فهو عام في كل ما يحاز ، من ربع ومال معين وغيره)[2] .

وحتى يجعل المازري كلامه غير منتقد، بأن حديث الحيازة لو كان يشمل الدين لصارت مدة تقادم كل من الحيازة والدين واحدة ، بادر بقوله : '' ومن اجتهد فحد في الرباع العشر سنين ، وحد في الدين العشرين والثلاثين ، رأى أن ذلك راجع إلى حال الطالب مع المطلوب ، فمن غلب على حاله كثرة المشاحة ، وأنه لا يمكن أن يسـكت عن خصمه عشر سنين ، جعلها حـدا قاطعا لأعذار الطالبين ؛ لأن الغالب من الحال أنه قضاه ، وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ،ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب . قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ .

وإذا كان طـول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب ، فالطلب ممنوع في سائر المطالب دون وثائق وأحكام ورباع ؛ بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب ، بأنه لا حق له عليـه ولا تباعة ولا طلب ''[3] .

وقد انتقد البرزلي كلام المازري هذا بقوله : '' وقياسه على باب الحيازة فيه نظر ؛ لما أصل ابن رشـد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله[4] ،

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٤ هامش ١ مع اختلاف يسير في اللفظ .

(٢) مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

(٣) السـابق : الموضع نفسه .

(٤) ما ذكره ابن رشـد من جهل الحائز بأصل مدخله ، ورد في سياق كلامه عن الحائز الوارث ، حيث لا يطلب منه معرفة كيفية دخول مورثه على المال ـ الجهل بأصل المدخل ـ ، فليس المـراد بالجهل هنا أن يجهل الحائز سبب تملكه للمال كالإرث والهبة والبيع وما شابه ذلك . يقول الحطاب:

وأما إذا ثبت أصله بكراء أو إعارة أو إعمار أو غير ذلك، فلا يزال الحكم كذلك وإن طال الزمان، والدين إن ثبت أصله أيضا[1]، وإن كان في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء من المدونة ، لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره[2] ، خلافا لقـول الغير، وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزمان بتونس ، ما لم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان ، فيعمل عليها في البراءة . وا أعلم ،،[3] .

وما يلاحظ هنـا هو أن البرزلي قد خص حديث الحيازة بغير الحيـازة العارضة، وألحق الدين الموثق أو ثابت الأصل بالحيازة العارضة من حيث عدم

(ويشـير ـ وا أعلم ـ بقوله '' وقياسـه على باب الحيـازة فيه نظر ؛ لما أصل ابن رشـد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله ،، إلى ما قاله في شرح المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق ، ولنذكر المسألة وكلامه عليها ، ونصها : مسألة : قال يحيى : وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق امرأة عن ابنه منزلا ، فلما دخل ابنه بالمرأة ، أخذت المنـزل إلا حقـولا يـسيرة تركتها في يد حموها ، فلم تزل في يده حتى مات بعد طول زمان ، ثم أرادت المرأة أخذها، فمنعها ورثة الحمو، وقالوا قد عاينتيها زمانا من دهرك وهي في يده ، ولا تشهدي عليه بعارية ولا كراء ، ولا ندري لعلك أرضاك من حقك . أترى للمرأة في ذلك حقا ؟ .

قال : نعـم ، لها أن تأخذ تلك الحقـول التي هي مما كان أصدقها الحمو عن ابنـه ، ولا يضرها طول ما تركت ذلك في يد الحمو ؛ لأنها ليست بالصدقة فتلزم حيازتها ، وإنما الصداق ثمن من الأثمان ، وكذلك لو تركت كل ما أصدقها في يد الحمو ، لم يضرها ذلك .

قال ابن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة ، لا إشكال فيها ولا اختلاف ؛ لأن حقها تركته في يد حموها ، فلا يضرها ذلك ، طال الزمان أو قصر ، لقول رسول ا صلى ا عليه وسلم : '' لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم '' ، وليس هذا من وجه الحيـازة التي ينتفع بهـا الحائز ويفرق بين القرابة والأجنبيين والأصهار فيهـا ؛ إذ قد عرف وجـه كون الأحقـال بيد الحمو ، فهي على ذلك محمولة حتى يعرف مصيرها إليه بوجه صحيح ؛ لأن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهـل أصـل مدخله فيها ، وهذا أصل في الحكم بالحيازة . وبا التوفيق) مواهب الجليل ٢٣٠/٦ ولا يفهم من هـذا النص الاقتصارعلى الحائز الوارث ، وإنما ينسحب الحكم إلى كل حـائز يعتقد أن المحوز قد انتقل إليه بسبب صحيح كالبيع مثلا ، فلكي تصح حيـازة هذا المشـتري ، لابـد مـن جهلـه أن المحوز كان بيد سلفه بسبب عارض .

(١) يثبت له الحكم نفسه وإن طال الزمان .

(٢) من عدم سقوط طلب الدين ـ ثابت الأصل ـ بالتقادم .

(٣) مواهب الجليل ٢٣٠/٦ .

قبول التقـادم ، ولذا فقد نفى أن يكون هذا الدين ـ ثابت الأصل ـ مقاسا على الحيازة غير العارضة .

ومع غض الطرف عن كون المازري لم يقس الدين على الحيازة ـ وإنما وسع من دائرة مفردات حديث الحيازة بما يشمل الدين ـ فإن المازري نفسـه ـ ومعه فقهاء مذهبه ـ لم ينف عدم تقادم الحيازة العارضة ، فلا يعترض عليه بما ذكر . ولو كـان ثم اعتراض عليه فهو أن حديث الحيازة لا يتناول الديـن ـ موثقا أو غير موثق ـ لعدم التصرف واختلاف طبيعة الحيازة عن الدين[1] . وبرغم هذا فإن الدين يلحق بالحيازة للعلة المشتركة بينهما ، وهي تهمة المدعي في سكوته زمنا متقادما دون أن يطالب بحقه ، وهـذا ما دفع المازري لترجيح قول من قـال بتقادم الديون الموثقة ، حيث كان لا يحول ذلك في عصره ومن سبقه من اتهـام المدعي بالاحتيال والتزوير ، على أنه سيأتي تفصيل القول في تقادم الديون الموثقة وترجيح عدم تقادمها[2] .

ومن الأسس التي ذكرها المالكية أيضـا في تقادم الديون ، النظـر إلى سكوت المدعي طول مدة التقادم ، وكأنه إقرار منطوق منه ، بأنه لا حق له على المدين أو المدعى عليه، فقد جاء في نهاية كلام المازري السابق قوله : السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب ، بأنه لا حق له عليـه ولا تباعة ولا طلب .

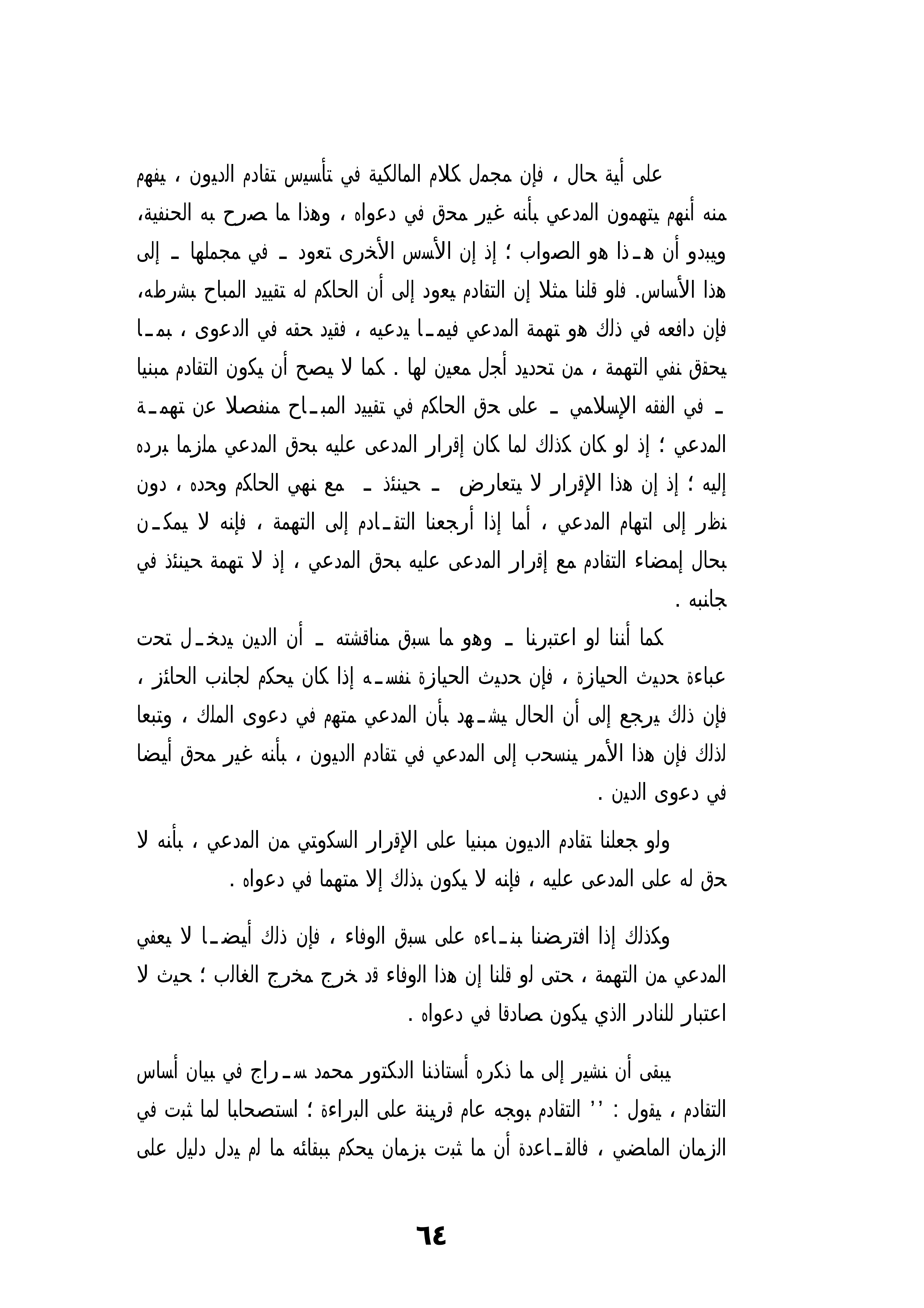
ومما قالوه كذلك في تأسيس هـذا التقادم ، سبق وفاء المدعى عليه بحق المدعي ؛ إذ جرت أعراف الناس وغالب أحوالهم ، ألا يؤخر سداد الدين هـذه المدد الطويلة ، وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بتغليب الأحوال[3] .

---

(1) فتـاوى عليش (فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك) ٣٢٠/٢ ، طبعـة مصطفى الحلبي بالقاهرة ، الطبعـة الأخيرة ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م ـ أثر مضي المدة في الالتزام ص ٣٩ ، ٤٠ .

(2) انظر ص ١٨٣ : ١٨٦ .

(3) مواهب الجليل ٢٢٩/٦ . وهو من كلام المازري السابق ذكره .



على أية حال ، فإن مجمل كلام المالكية في تأسيس تقادم الديون ، يفهم منه أنهم يتهمون المدعي بأنه غير محق في دعواه ، وهذا ما صرح به الحنفية، ويبدو أن هـذا هو الصواب ؛ إذ إن الأسس الأخرى تعود ـ في مجملها ـ إلى هذا الأساس. فلو قلنا مثلا إن التقادم يعود إلى أن الحاكم له تقييد المباح بشرطه، فإن دافعه في ذلك هو تهمة المدعي فيمـا يدعيه ، فقيد حقه في الدعوى ، بمـا يحقق نفي التهمة ، من تحديد أجل معين لها . كما لا يصح أن يكون التقادم مبنيا ـ في الفقه الإسلامي ـ على حق الحاكم في تقييد المبـاح منفصلا عن تهمـة المدعي ؛ إذ لو كان كذلك لما كان إقرار المدعى عليه بحق المدعي ملزما برده إليه ؛ إذ إن هذا الإقرار لا يتعارض ـ حينئذ ـ مع نهي الحاكم وحده ، دون نظر إلى اتهام المدعي ، أما إذا أرجعنا التقـادم إلى التهمة ، فإنه لا يمكـن بحال إمضاء التقادم مع إقرار المدعى عليه بحق المدعي ، إذ لا تهمة حينئذ في جانبه .

كما أننا لو اعتبرنا ـ وهو ما سبق مناقشته ـ أن الدين يدخـل تحت عباءة حديث الحيازة ، فإن حديث الحيازة نفسـه إذا كان يحكم لجانب الحائز ، فإن ذلك يرجع إلى أن الحال يشـهد بأن المدعي متهم في دعوى الملك ، وتبعا لذلك فإن هذا الأمر ينسحب إلى المدعي في تقادم الديون ، بأنه غير محق أيضا في دعوى الدين .

ولو جعلنا تقادم الديون مبنيا على الإقرار السكوتي من المدعي ، بأنه لا حق له على المدعى عليه ، فإنه لا يكون بذلك إلا متهما في دعواه .

وكذلك إذا افترضنا بنـاءه على سبق الوفاء ، فإن ذلك أيضـا لا يعفي المدعي من التهمة ، حتى لو قلنا إن هذا الوفاء قد خرج مخرج الغالب ؛ حيث لا اعتبار للنادر الذي يكون صادقا في دعواه .

يبقى أن نشير إلى ما ذكره أستاذنا الدكتور محمد سـراج في بيان أساس التقادم ، يقول : '' التقادم بوجه عام قرينة على البراءة ؛ استصحابا لما ثبت في الزمان الماضي ، فالقـاعدة أن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يدل دليل على

خلافه ، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصـل براءة الذمة . ومن جهة أخرى ، فإن عدم التقييد بمرور الوقت يؤدي إلى ضيـاع الحقوق ، فإنه يتعـذر على المدعى عليه تقـديم بينته على البراءة والوفاء مع طـول الزمن ومروره . وبهذا فإن ترك الدعـوى زمانا مع التمكن من إقامتها ، دليـل على انتفاء الحق في الظاهر ، وإن لم يدل على سقوط الحق في الواقع ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بالحق يحكم به ''[1] .

ويمكن التعليق على قول أستاذنا ' التقادم بوجه عام قرينة على البراءة ' بأننا قبل أن نؤسس التقـادم على هذه البراءة ، ينبغي تأسيسه أولا على الدافع للحكم بهذه البراءة ، وهو اتهام المدعي والطعن في دليله بسبب تقادمه ، فتهمة المدعي قبل براءة المدعى عليه هي المؤسس الحقيقي للتقـادم ، وهذا هو قول الحنفية ، وهو أيضا ما سبق ترجيحه .

كما أن قول أستاذنا '' إن عدم التقييد بمرور الوقت يؤدي إلى ضيـاع الحقوق ، فإنه يتعذر على المدعى عليـه تقديم بينته على البراءة والوفاء مع طول الزمان ومروره '' ، لا يصلح أن يكون أساسا عاما للتقـادم ؛ فإن بينة المدعى عليه قد تكون الوثيقة التي أخذها من المدعي ، وقد تكون شاهدين :

فلو كانت الوثيقة ثم ضاعت منه بعد مدة يسيرة من الوفاء ، فإن ذلك لا يعفيه من الوفاء مرة أخرى ، وذلك إذا أتى المدعي بشاهدي زور اتشحا برداء العدالة . أما لو ضاعت منه بعد زمن متقادم فأتى المدعي بالشاهدين السابقين ، أو لو ضاعت منه بعد مدة يسيرة ولكن المدعي أقام الدعوى بهذين الشـاهدين بعد زمن متقادم ، فإن دعواه ترد . والرد هنـا يجب ألا يكون لمراعاة حـال المدعى عليه من **تعـذر** احتفاظه بهذه الوثيقة ؛ إذ الاحتفاظ بها ليس متعذرا ، كما أنه أولى بتحمل تبعة إهماله من غيره ، وإنما ينبغي أن يكون رد الدعوى راجعا إلى تهمة المدعي في تأخير مطالبته هذه المدة دون عذر .

---

(١) الأوراق التجـارية ص ١٣٩ ، دار الثقافة ـ القاهرة ، ١٩٨٨ .

كما أن مراعاة جانب المدعى عليه ليس بأولى من مراعاة جانب المدعي، فلو أن المدعى عليه لم يسـدد حق المدعي ، ثم طالب المدعي بحقه بعـد مدة ـ قصيرة أو متقادمة ـ من تاريخ استحقاقه ، بيـد أنه ادعى ضياع الوثيقـة ، وأنه لا يملك بينة غيرها ، فإن ذلك لا يقبل منه ويضيع حقه ظاهرا .

ولا يقال إن العادة قد جرت بأن يعتني الدائن بالوثيقة خشية ضياعها ، ومن ثم ضياع حقه ، أما المدين فلا يكون منه هذا القدر من الحرص ؛ ذلك أنه إذا علم أنه قد يسـدد الدين ثانية إذا ضاعت منه الوثيقة لاعتنى بهـا اعتناء الدائن . وإذا كان قد أمكنه الاحتفاظ بهـا مدة التقادم ـ والتي تبلغ الثلاثين عاما أو أكثر في قـول بعض المالكية ـ فإن احتفاظه بها لا يخرج إذن عن طوق الطاقة .

هذا إذا كانت بينة المدعى عليه هي الوثيقة ، أما إذا كانت شاهدين ، ثم تقادم الزمان بحيث يتعذر عليه الإتيان بهما ؛ لاحتمال النسيان أو الموت ، فإن هذا قد يصلح مخرجا له في حالة ادعائه الوفاء ، ولكنه لا يتصور إذا أنكرالدين من أساسه ؛ إذ كيف يدعي موت الشـهود أو نسيانهم وهو ينكر الدين ذاته ؟!. ولـذا فإن القول بأن التقـادم يعفي المدين من السداد مرتين ، بنـاء على اندثار أدلته ، لا يصلح أن يكون أساسا **عامـا** للتقادم ، خاصة أن طريق إنكار المدعى عليه الدين سيكون أسـهل له من إقراره به ووفائه ، مع ادعائه فقد دليل الوفاء لاندثاره . فهـذا يختلف عن تأسيس التقـادم على تهمة المدعي بسـبب تأخيره المطالبة دون عذر ؛ إذ إن هـذه التهمة تصلح أن تكون أساسا **عامـا** للتقادم ، سواء أأنكر المدعى عليه حق المدعي أم أقر به ، وسواء أيضا أكان دليل وفائه سندا مكتوبا ضائعا أم شهادة مندثرة .

أساس تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي

هذا فيمـا يخص أساس تقادم الديون في المعاملات ، أما أساس تقـادم الجرائم والعقوبات ـ باعتباره نوعا من تقادم الديون أيضا أو التقادم المسقط ـ فعلى الرغم من أن تقادم الجرائم والعقوبات يعد من الموضوعات الاجتهادية عند القائلين به ـ الحنفية ـ ، لكنهم لم يعدموا النصوص التي صدروا بها مبرراتهم لهذا التقادم ، فقد ذكروا بعض الأحاديث التي مفادهـا أن صاحب الجريمة قد كان يأتي مقرا بها عند النبي صلى ا عليه وسلم ، فيراجعه النبي صلى ا عليه وسلم رجاء رفع الحد عنه ، حتى إذا ما أكـد له الجاني أنه قد ارتكب جريمته ، عاقبه النبي صلى ا عليه وسلم بما يلائم جريمته ، ما دامت حدا من حدود ا سبحانه .

من ذلك ما رواه نُعيم بن هزال قـال : '' كان ماعز بن مالك يتيما في حجر أبي ، فأصاب جارية من الحي ، فقال له أبي : ائت رسـول ا صلى ا عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك . وإنما يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجا . فأتاه فقـال : يا رسـول ا ، إني زنيت فأقم علي كتـاب ا . فأعرض عنه . فعاد فقال : يا رسـول ا ، إني زنيت فأقم علي كتـاب ا . فأعرض عنه . فعاد فقال : يا رسـول ا ، إني زنيت فأقم علي كتـاب ا . حتى قالها أربع مرار. قال النبي صلى ا عليه وسلم: إنك قد قلتها أربع مرات، فبمن ؟ قال : بفلانة . فقال : هل ضاجعتها ؟ قال نعم . قال هل باشرتها ؟ قال نعم . قال : هل جامعتها ؟ قال نعم . قال فأمر به أن يرجم ، فأخـرج به إلى الحرة ، فلما رجم فوجد مس الحجارة جزع ، فخرج يشتد ، فلقيه عبد ا بن أنيس ، وقد عجـز أصحابه ، فنزع له بوظيف بعير[1] فرماه به فقتله . ثم أتى النبي صلى ا عليه وسـلم فذكر له ذلك . فقـال : هلا تركتموه لعله أن يتوب

(١) وظيف البعير : خفه ، وهو له كالحافر للفرس . النهـاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (وظف) ، دار إحياء الكتب العربية ، سنة ١٩٦٣م .

فيتوب الله عليه ''[1] .

كما أنه صلى الله عليه وسلم دعا إلى السـتر ، فقد قال لهزال : '' يا هزال ، لو سترته بردائك لكـان خيرا لك ''[2] ، وقال : '' ...... ، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ''[3] ، وقال أيضا : '' أيها الناس ، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هـذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله ''[4] .

معنى هذا كله ، أن سقوط الجريمة أو العقوبة بالتقادم إنما يعد دائرا في فلك ترغيب الشارع في درء الحدود عن الناس، وأنه ليس إلا مظهرا من مظاهر تقرير هذا الأصل ، فليس بدعا من الأمر الاعتداد به لإقالة عثرات الناس .

كما أن من مقاصد الشـارع من عقوبة الجاني هو زجره وردعه عن عدوانه ، وبتقادم جريمته يكـون مظنة توبته ، فيكون قـد تحقق بذلك مقصود العقوبة دون استيفائها ، إذ لوعاقبناه لصادفنا نفسا طهرت من ذنبها ، وربما أدى عقابه لانتكاسته ، بل فضيحته وسـط أهله وعشيرته ، الأمر الذي يتعارض وصيانة الأسرة مما يعصف بها ، وفيما سبق من أحاديث شاهد على استحباب ترك عقوبة من اقترف جريمة ليس للعبد حق فيها .

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود ، واللفظ لأبي داود (دار الفكر ، بدون تاريخ) :

البخاري ، كتاب الحدود ، باب هل يقول الإمام للمقر : لعلك لمست أو غمزت ؟ .

مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنى .

أبو داود ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعز بن مالك . وروايته أتم في ذكر الواقعة .

(٢) الموطأ للإمام مالك ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم. دار إحياء الكتب العربية ، الحلبي، بدون تاريخ .

(٣) الحديث أخرجه بلفظه :

البخاري ، كتاب المظالم ، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه .

مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظلم .

(٤) الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنى .

وأهم أساس يقوم عليـه تقادم الجرائم والعقوبات عند القائلين به ، هـو الشبهة التي تحوم حول البينة المتقادمة ، فقد قالوا بأن مرور الزمان على سكوت الشاهد دون عذر في الإدلاء بشهادته فور الجريمة يعد جرحا في عدالته ، فإن الدافع الذي دفعه للشهادة بعد هذا الزمان ليس إلاعداوة حدثت بينه وبين المشهود ضده ، فحركته هذه العداوة للشهادة عليه ، ومثل هذه الشهادة لا تكون مقبولة ؛ لأن النبي صلى ا عليه وسلم رد شهادة ذي الغِمرعلى أخيه[1] ، ولقول عمربن الخطاب رضي ا عنه : '' أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن ، فلا شهادة لهم ''[2] ، ويذكر أنه لم ينكر أحد عليـه قوله فيكون إجماعا .

ثم لما كـان الضغن أمرا نفسيا غير منضبط ، ويصعب الاستدلال على تواجده في كل شاهد تقادمت شهادته ، جعل التقادم ضابطا له ، ومنبئا ـ إن لم يكن كاشفا ـ عنه .

وليس الشـاهد وحده محل اتهام عندما تتقادم شهادته ، فقد يكون المدعي أيضا موضع اتهام إذا تأخرت دعواه دون عذر ، كالمسروق منه إذا اتهم أحدا بعد زمن متقادم ، فإن اتهامه المبني على الشهادة لا يقام به الحد ، وهذا ليس إلا لخلل في دعواه .

---

(١) أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته . والغمر : الحقد والضغن . النهاية (غمر) . والحديث وصف الحافظ ابن حجر سنده بأنه قوي . التلخيص الحبير ١٩٨/٤، طبعة مؤسسة قرطبة، طبعة سنة ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م .

(٢) مصنف عبد الرزاق ٤٣٢/٧ رقم ١٣٧٦٠ ، طبعة أولى ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م ، من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقية . وانظره أيضا عند ابن حـزم بـسنده : المحلـى ٤٥/١٣ ، ٤٦ مكتبة الجمهورية بالقاهـرة ، طبعة سنة ١٣٨٧هـ إلى سنة ١٣٩٢هـ . وطبعـة أخرى نشر دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ ولا طبعة . وكذلك البيهقي في سـننه ١٥٩/١٠ ونـوه على انقطاعه . مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن بالهند ، طبعة أولـى سـنة ١٣٥٤هـ . وسيأتي تفصيل القول فيه ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

كما لم يقتصر القائلون بالتقـادم على وصف الشاهد أو المدعي بالضغن والتهمة فحسب ، بل قالوا أيضا بأن تطرق النسيان إليهم أمر وارد ، خاصة إذا طال عهد الجريمة . والنسيان قادح في صحة الشهادة أو الادعاء ، بل إنه يعد شبهة دارئة للحد .

ثم يزيد بعض القائلين بالتقادم على ما سبق ، الطعن في المقر نفسـه في جريمة شرب الخمر خاصة ، فمن أقر على نفسـه بشرب الخمر بعد أن ذهب ريحها من فمه فقد قال فيه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف برد إقراره ؛ استدلالا بما ورد عن عمر وابن مسعود رضي ا عنهما في ذلك[١] .

ولا يخفى أن رد شهادة الشاهد ، أو ادعاء المدعي ، أو إقرار المقر إنما هو نوع من رد دليل الإثبات والطعن فيه لعدم اتضاحه ، دون مساس بأصـل الجريمة أو العقوبة، فالتقادم إنما يؤثر فحسب في إثبات الجريمة وتنفيذ عقوبتها، لكنه لا يلغي أساسها كأن لم تكن .

ويذكر كذلك القائلون بالتقـادم أن الحاكم إذا كان له الحق في العفو عن العقوبات التعزيرية المرتكبة في حق المولى سبحانه ، فسقوطها بالتقادم أولى ، ومما يروى في ذلك أن رجلا جـاء إلى النبي صلى ا عليه وسلم فقـال : يا رسول ا ، إني عالجت امرأة في أقصى المدينة ، وإني أصبت منها دون أن أمسها ، فأنا هذا فاقض في ما شئت . فقال له عمر : لقد سترك ا ، لو سترت نفسك . قال فلم يرد النبي صلى ا عليه وسلم شيئا. فقام الرجل فانطلق . فأتبعه النبي صلى ا عليه وسلم رجلا دعاه، وتلا عليه هذه الآية أَقِمِ الصلاةَ طَرفَيِ النهارِ وزلَفًا من الليل إن الحسنَاتِ يذْهِبن السيئَاتِ ذَلِك ذِكْرى لِلذاكِرِينَ [٢] فقال رجل من القوم : يا نبي ا ، هذا له خاصة ؟. قال : بل للناس كافة[٣] .

---

(١) سيأتي ذكر ذلك ومناقشته تفصيليا في الفصل الثالث من الباب القادم .

(٢) هـود : ١١٤ .

(٣) أخرجه الشيخان ، والسياق لمسلم :

البخاري ، كتاب التفسير ، باب وَأَقِمِ الصلاةَ طَرفَيِ النهار ....

مسلم ، كتاب التوبة ، باب قوله تعالى إن الحسنَاتِ يذْهِبن السيئَاتِ .

فالتقادم يعـد من المسائل الاجتهادية التي تخول الحاكم أن يضرب مدة لأداء الشهادة في جريمة الحسبة؛ إذ ليس في النصوص التي جاءت في الشهادة ، ـ كقوله تعالى وَأَقِيموا الشهادةَ لِلهِ [1] ـ مايمنع من تقييد الشهادة فيها بمدة، بحيث لا تقبل بعد انقضائها .

كما أن التقادم لا يقتصر على الجريمة وحدها ، فقد ذهب غالب من قال بتقادم الجريمة إلى تقادم العقوبة أيضـا ، وقد تنوعت تبريراتهم في ذلك ، فمن قائل بقياس تقادم العقوبة على تقادم الجريمة ، وأن استيفاء الحد من القضاء في حقوق المولى سبحانه، يقول ابن الهمام : '' الاستيفاء (من القضاء)[2] بحقوق ا تعالى بخلاف حقوق غيره ، وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلا شبهة، فكان الاستيفاء من تتمة القضاء ، أو هو هو هنا ؛ إذ لم يحتج إلى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به ، بخلافه في حقوق غيره تعالى ، فإنه فيهـا لإعلام من له الحق بحقية حقـه وتمكينه من استيفائه ، وا سبحانه مستغن عنهما ، فإنمـا هو في حقوقه تعالى استيفاؤها. وإذا كان كذلك، كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء ، كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعا . وبالتقادم لم تبق الشهادة ، فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى ''[3] .

وهناك من يذهب إلى مبرر آخر لتقادم العقوبة ، وهو أنه جزاء التفريط من أعوان الحـاكم حتى تمكن من الهرب منهم ، وأن الظاهـر أنهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنـه ، ثم حملتهم العداوة على الجـد في طلبه بعـد ذلك[4] .

---

(١) الطـلاق : ٢ .

(٢) ما بين القوسين من كلام المرغيناني .

(٣) فتح القدير لابن الهمام ١٦٤/٤ ، المطبعة الأميرية ـ مصر ، طبعة أولى ١٣١٦هـ . وطبعـة أخرى هي طبعة دار الفكر .

(٤) المبسوط للسرخسي ٧٠/٩ ، دار المعرفة ـ بيروت ، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م وسـيأتي مزيـد تفصيل ومناقشة لأساس تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي خلال عرض أحكامه في الفصل الثالث من الباب القادم .

أساس التقادم الجنائي في القانون

أما أساس التقادم الجنائي في القانون فقد تنوعت اجتهادات مؤيدي التقادم الجنائي في بيان الأسس التي يقوم عليها، رغبة في الوقوف به على سند قانوني يكفل له شرعيته ، ويمكن إيجاز هذه الأسس فيما يأتي :

١ ـ اندثـار الأدلـة[1]

ومؤدى هذا التبرير هو أن مضي سنوات طويلة على الجريمة يؤثـر تأثيرا مباشرا في أدلة إثباتها، فالشهادة مثلا قلما أن يبقى الشهود على قيد الحياة، ولو كانوا على قيد الحيـاة فليس من السـهل بمكان أن تظـل ذاكرتهم محتفظة بتفاصيل الجريمة ، فيكون الأجدر للدولة والأفضل لماء وجهها أن تفرض نظام التقـادم ، وأن تمنح هي المجرم براءته بدلا من أن يكـون المجرم جانبه هـو الأقوى ، وأن ينال هو براءته بسبب عجز النيابة عن إدانته .

وقد عيب على هذا الأساس أنه يتبع نظرية الإثبات وليس نظرية التقادم ، كما أن تقرير التقادم على هذا النحو ، يلغي استقلال قاضي الموضوع في تقدير الدليل المتفرع عن مبدأ حريةالقاضي في الاقتناع الذي يأخذ به التشريع المصري.

ثم إن هذا الأساس قد يصدق على الدليل المستمد من الشهادة ، ولكنه لا يصلح بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى وما تقدمه لنا الوسائل العلمية الحديثة ، ومن المقرر أن الأدلة في المواد الجنائية ضمائم متساندة يقوي بعضها بعضا .

كما أن المشرع إذا ما رأى أن دليلا ما تخور قواه بفعل الزمن ، فإن له أن يستبعد هذا الدليل وحده ، كأن ينص على عدم جواز الحكم بشهادة متقادمة ،

---

(١) انظر :

ـ المباحث الجليلة في أحكام المدة الطويلة ، أحمد بك عفيفي ، ص ١٣٦ ، المطبعة الإعلامية بمصر ، سنة ١٣٠٨هـ .

ـ مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، د. رءوف عبيد ، ص ١٣٣ .

ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، د.نبيل عبد الصبور ، ص٢١٣ ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس .

وبذلك يقيـد مبدأ حـرية القاضي في الاقتنـاع بجرعة محدودة من مبدأ الأدلة المقيدة ، بدلا من أن يستبدل الأخير بالأول جملة على حساب حق الجماعة في العقاب .

وأخيـرا ، فإن منطق هذا الأساس يلزم عنه أن تكون مدة التقادم واحدة بالنسبة لجميع الجرائم ، بصرف النظر عن مدى جسامتها ؛ لأن الوهن الذي يصيب الدليل أسـاسه مضي المدة لا جسامة الجريمة ، وهو ما لم يأخذ به أي نظام قانوني ، حيث تختلف مدة التقادم بحسب نوع الجريمة .

٢ـ تفريـد العقوبـة(١)

ومفاد هذا الأساس أن المجرم لا تجتمع عليه عقوبتان ، معنوية ومادية . معنوية تتمثل في العذاب النفسي للمجرم الهارب خشية القبض عليه ، فالمشرع اكتفى بوقوع العذاب النفسي على المجرم ليل نهار سنوات عديدة ، واعتبر هذا العذاب بديلا عن العذاب المادي المتمثل في حبسه أو غرامته أو غير ذلك من وسائل التعذيب المادي ، وذلك حتى لا يكون المجرم قد عوقب مرتين ، الأمر الذي يتعارض ومبدأ التفريد العقابي . وقد يكون العذاب المعنوي أشد إيلاما من العذاب المادي .

وقد أخذ على هـذا الأساس أن الألم النفسي الواقـع على المجرم أثنـاء هروبه لا يمكن اطراده على جميع المجرمين ، فإن منهم من يلتذ بفعل الجريمة، ولا يخالجه أدنى أذى نفسي خلال فترة فراره .

وعلى التسليم بوجود هذا العذاب النفسي ، فإن المجرم قد تسبب فيما هو مثله أو أشد على المجني عليـه ، وعلى أهله وذويه ، بل ربمـا على المجتمع بأسره ، فما العقاب المادي الذي يقابل جريمته هذه ؟! .

---

(١) انظر :

ـ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢١٠ .

ـ في أصول الإجراءات الجنائية ، د. حسن صادق المرصفاوي ، ص ١٥٠ .

ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٥ .

كما أن الإيلام المعنوي ليس وقفا على المجرم الهارب فحسب ، وإنما يقاسي منه أيضـا المجرم الذي ينتظر مصيره بيـن يدي العدالة ، منذ لحظة ارتكاب الجريمة وعبر مراحل الدعوى المتعاقبة ، حتى يصدر حكم بات فيها .

وأيضا فإن قانون العقوبات قانون واقعي لا يقوم إلا على الظاهـر من الأمور، ولا تتعلق أحكامه إلا بالماديات ، ولهذا نجده لا يعاقب إلا بارتكاب فعل مادي ينم عن خطورة معينة ، دون أن يتدخل بالعقاب على أفكار الناس الداخلية، ونواياهم الخبيثة طالما ظلت في طيات النفوس .

فتقدير فداحة ما يختلج بالنفس أمر يتعـذر ضبطه ، ولا يهتم به قانـون العقوبات بحسب الأصل ، وقد أملت هـذه الفكرة ذاتها على قانون العقوبات أن يكون للعقاب مظهر مادي ملموس يمكن ضبطه وتحديده .

أما ما يصاحب العقوبة المادية أو التهديد بها من خوف أو قلق أو تأنيب للضمير ، فهو لا يعدو أن يكون أثرا لها ، ولا يمكن أن يستعاض بالأثر إذا ما تحقق بهروبه عن السبب المحدث لهذا الأثر .

كما أن من أغراض العقوبة تحقيق الردع العام فضلا عن الردع الخاص، فإذا قيل جدلا بأن التقادم ينطوي على عقاب معنوي للمجرم فإن هذا العقاب يخلو تماما من فكرة الردع العام التي تتوخاها العقوبة بوجه عام .

٣ ـ جـزاء الإهمـال[(١)]

والمتمثل في إهمال النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية ضد المجرم من تاريخ علمها بالجريمة ، فليس التقادم هنا إلا جزاء هذا الإهمال الذي يعد تنازلا

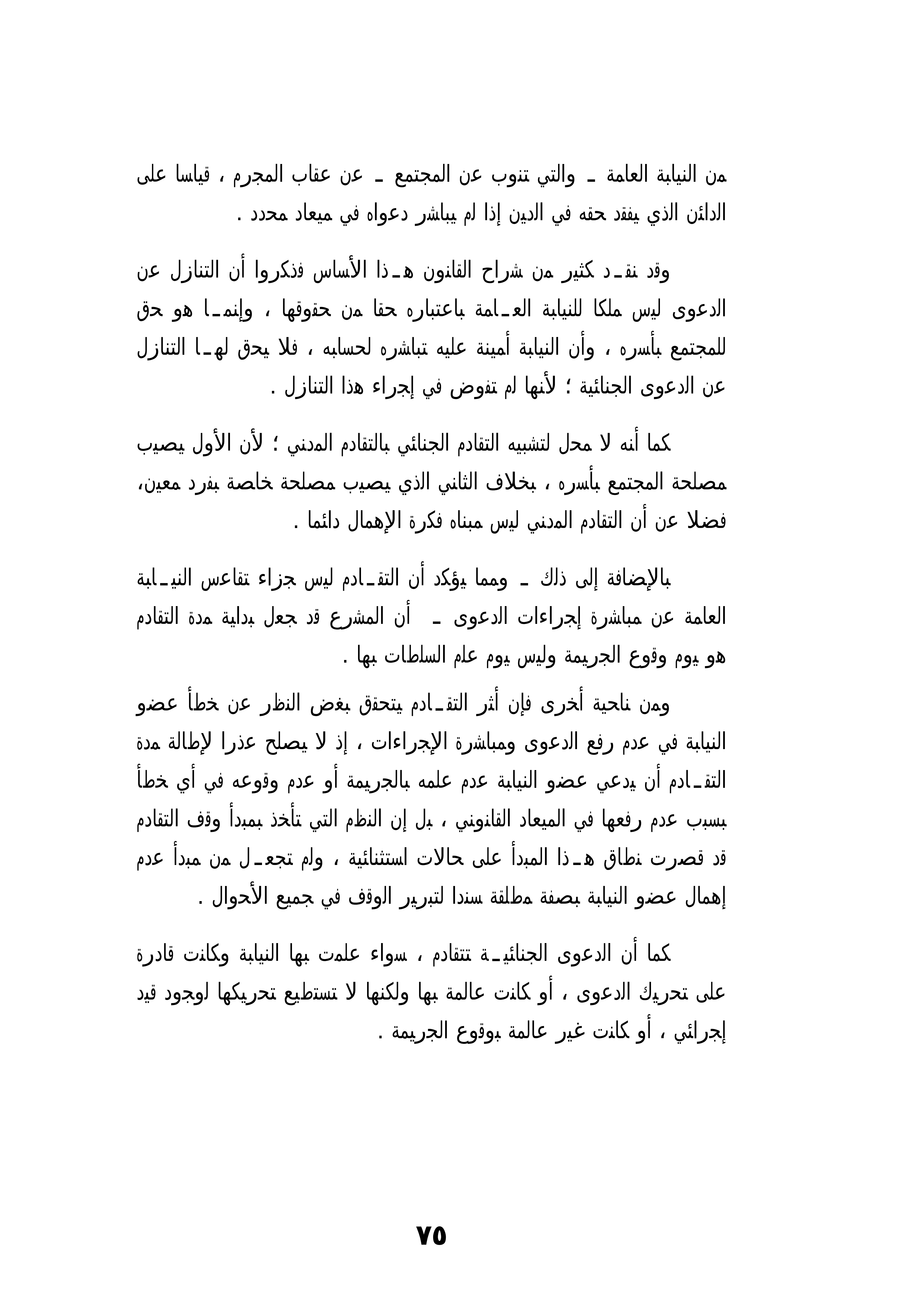
---

(١) انظر :

ـ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، د. مأمون محمد سلامة ، ص ٢٣٩ .

ـ تقادم الدعوى الجنائيـة ، د. سامح السيد جاد ، ص ٤٩ . دار الهدى ـ القاهـرة ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م .

ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٦ .



من النيابة العامة ـ والتي تنوب عن المجتمع ـ عن عقاب المجرم ، قياسا على الدائن الذي يفقد حقه في الدين إذا لم يباشر دعواه في ميعاد محدد .

وقد نقـد كثير من شراح القانون هـذا الأساس فذكروا أن التنازل عن الدعوى ليس ملكا للنيابة العـامة باعتباره حقا من حقوقها ، وإنمـا هو حق للمجتمع بأسره ، وأن النيابة أمينة عليه تباشره لحسابه ، فلا يحق لهـا التنازل عن الدعوى الجنائية ؛ لأنها لم تفوض في إجراء هذا التنازل .

كما أنه لا محل لتشبيه التقادم الجنائي بالتقادم المدني ؛ لأن الأول يصيب مصلحة المجتمع بأسره ، بخلاف الثاني الذي يصيب مصلحة خاصة بفرد معين، فضلا عن أن التقادم المدني ليس مبناه فكرة الإهمال دائما .

بالإضافة إلى ذلك ـ ومما يؤكد أن التقـادم ليس جزاء تقاعس النيـابة العامة عن مباشرة إجراءات الدعوى ـ أن المشرع قد جعل بداية مدة التقادم هو يوم وقوع الجريمة وليس يوم علم السلطات بها .

ومن ناحية أخرى فإن أثر التقـادم يتحقق بغض النظر عن خطأ عضو النيابة في عدم رفع الدعوى ومباشرة الإجراءات ، إذ لا يصلح عذرا لإطالة مدة التقـادم أن يدعي عضو النيابة عدم علمه بالجريمة أو عدم وقوعه في أي خطأ بسبب عدم رفعها في الميعاد القانوني ، بل إن النظم التي تأخذ بمبدأ وقف التقادم قد قصرت نطاق هـذا المبدأ على حالات استثنائية ، ولم تجعـل من مبدأ عدم إهمال عضو النيابة بصفة مطلقة سندا لتبرير الوقف في جميع الأحوال .

كما أن الدعوى الجنائيـة تتقادم ، سواء علمت بها النيابة وكانت قادرة على تحريك الدعوى ، أو كانت عالمة بها ولكنها لا تستطيع تحريكها لوجود قيد إجرائي ، أو كانت غير عالمة بوقوع الجريمة .

٤ ـ الاسـتقرار القانوني[1]

ويعني هذا الأسـاس عدم وقـوع طائفة من المجتمع تحت طائلة الخوف والتهديد ؛ بسبب خوفهم من ملاحقة رجال الأمن لهم ، الأمر الذي ينتج عنه عدم مشاركة هؤلاء الأفراد في حركة المجتمع بسبب شعورهم بالمطاردة بمـا لا يتحقق معه أي استقرار قانوني تستطيع من خلاله هذه الطائفة أن تمارس حياتها الطبيعية ، وربما تأثر بسبب ذلك أيضا من يتعامل مع هؤلاء المطاردين على أن ذمتهم بريئة من أية جريمة كسائر أفراد المجتمع ، ويتنامى حجم تشابك التعامل معهم ، ثم يأتي ما لم يكن في الحسبان بأن يقـع هؤلاء تحت طائلة القانـون ، الأمر الذي ينتج عنه أضرار ومخاطر تلحق بهم وبمن تعامل معهم ، بما يتنافى مع مبدأ الاسـتقرار القانوني للأفراد .

ومبدأ الاستقرار القانوني هـذا نجده أيضـا في الحكم البات الذي ينهي الدعوى الجنائية ، فقد رأى المشرع تحقيقا لمبدأ الاستقرار القانوني أن صدور حكم بات في الدعوى الجنائية يحول دون إثارتها من جديد . فهنا كان الاستقرار القانوني أساسا لانقضاء سلطة العقاب بالحكم البات ؛ لأن المشرع رأى ضرورة وضع حد للنزاع تحقيقا للاستقرار ، وهذه الضرورة بعينها هي التي أملت على المشرع تقرير مبدأ التقادم تحقيقا للاستقرار القانوني أيضا .

وقد عيب هـذا الأساس بأنه قد يصلح سندا مقبولا لتقـادم الحقوق في مجال علاقات القانون الخاص ، لا سيما أنها ترتبط بقرينة إهمال صاحب الحق، ولكن استعارتها لمجال التقـادم الجنائي فيه نظـر ؛ لأن إقرار المجرم على جريمته بالتقادم لا يحقق استقرارا بل اضطرابا ، إذ ينشأ عنه إحباط اجتماعي ، يتولد عن عدم إشباع حاجة الجماعة إلى العدل بالافتئات على حقها في العقاب ،

---

(١) انظر :

ـ في أصول الإجراءات الجنائية ، د. حسن صادق المرصفاوي ، ص ١٥٠ .

ـ التعليق على قانون الإجراءات القانونية ، د. مأمون محمد سلامة ، ص ١٥٣ .

ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٧ .

وذلك بإسـقاطه بغيرما مسقط ، مع عدم إمكان نسبة إهمال حقيقي إليها ، وإذا كان ثمة استقرار حقيقي يحققه التقادم الجنائي فهو استقرار الجاني وليس استقرار الجماعة .

كما أن الاعتماد على هذا الأساس لتبرير تقادم الدعوى الجنائية قد يفضي إلى نبذ فكرة التقادم في ذاتها؛ لأن مرور سنوات حتى يحصل بعدها الجاني على استقرار قانوني قد يحدث في أثنائها ـ أي قبل مرورمدة التقـادم ـ ما يخشى حدوثه ، بأن يقع الجاني في قبضة رجال الأمن ، فكان يستلزم من تشريع التقادم ـ تبريرا بالاستقرار القانوني ـ أن ينال الجاني هـذا الاستقرار فور علم النيابة العامة بهروبه .

وأخيرا ، فليس التقـادم وحده الذي يكفل حماية من يتعامل مع الجـاني الهارب بسبب عدم استقراره القانوني ، إذ قد تتعامل الجماعة مع شخص يتمتع بالاستقرار القانوني ثم يرتكب ما يستوجب سجنه وتجميد بقايا أموالـه ، الأمـر الذي يلزم عنه ضياع حقوق هذه الجماعة .

٥ـ النسـيان[١]

إذا مرت فترة زمنية على وقت ارتكاب الجريمة دون اتخاذ أي إجراء بشأنها من قبـل السلطات المختصة ، فإن ذلك يعني أن الجريمة قد محيت من ذاكرة الناس أو كادت ، ومن ثم لم يعد محققا لمصلحة المجتمع ملاحقة الجاني بغية إخضاعه للعقاب ، لأن مرورالزمن يؤدي إلى تلاشي الحاجة إلى الموعظة والعبرة ، ولـذا فلا يجوز إعادة ذكرى الجريمة إلى أذهان الرأي العام بإزاحة الستار عنها ونبشها ، فمن مصلحة المجتمع عدم تهييج أحقاده واستثارة حفائظه بنشر ما طوي من صحف بفضل مرور الزمن .

---

(١) انظر :

ـ انقضاء سلطة العقاب بالتقادم ، د. محمد عوض الأحول ، ص ٤٣ .

ـ تقادم الدعوى الجنائيـة ، د. سامح السيد جاد ، ص ٥٢ .

ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٨ .

وقد أخـذ على هذا الأسـاس بأن حدة التفـاعل الاجتماعي قد تهبط مع الجريمة بتأثير الزمن ، بل قد تتوارى في لا شعور الجماعة ، ولكن يترسب مع هذه النتيجة ـ في الوقت نفسه ـ إحبـاط اجتماعي يولده الإحساس بالظلـم واهتزاز الثقة في العدالة ، بل ربما كان هـذا دافعا لمن تساوره نفسه بارتكاب الجريمة بأن يرتكبها ؛ إذ ليس عليـه إلا أن يترك مرور الأيام تنسي المجتمع عقوبته وجريمته .

كما أن المجتمع لا يهتز لكل جريمة ويثـار لها الرأي العام ، حتى يقال إنه ليس من المصلحة الاجتماعية إثارة ما طـواه الزمن ، فالجـرائم المعتادة والمتكررة والتي لا يسبب إثارتها بعد زمن أدنى إيذاء هي كثير الجرائم وغالبها، وما يصدق عليه هذا الأساس ـ على فرض التسليم بصحته ـ هو يسير الجرائم إن لم يكن نادرها .

وأيضا فإنه يمكن معاقبة الجناة الفارين ـ في حالة الجرائم التي تثير الرأي العـام ـ دون الإعلان عن ذلك تماشيا مع هـذا الأساس ، وحفاظا على مصلحة المجتمع .

٦ ـ توبـة الجـاني(١)

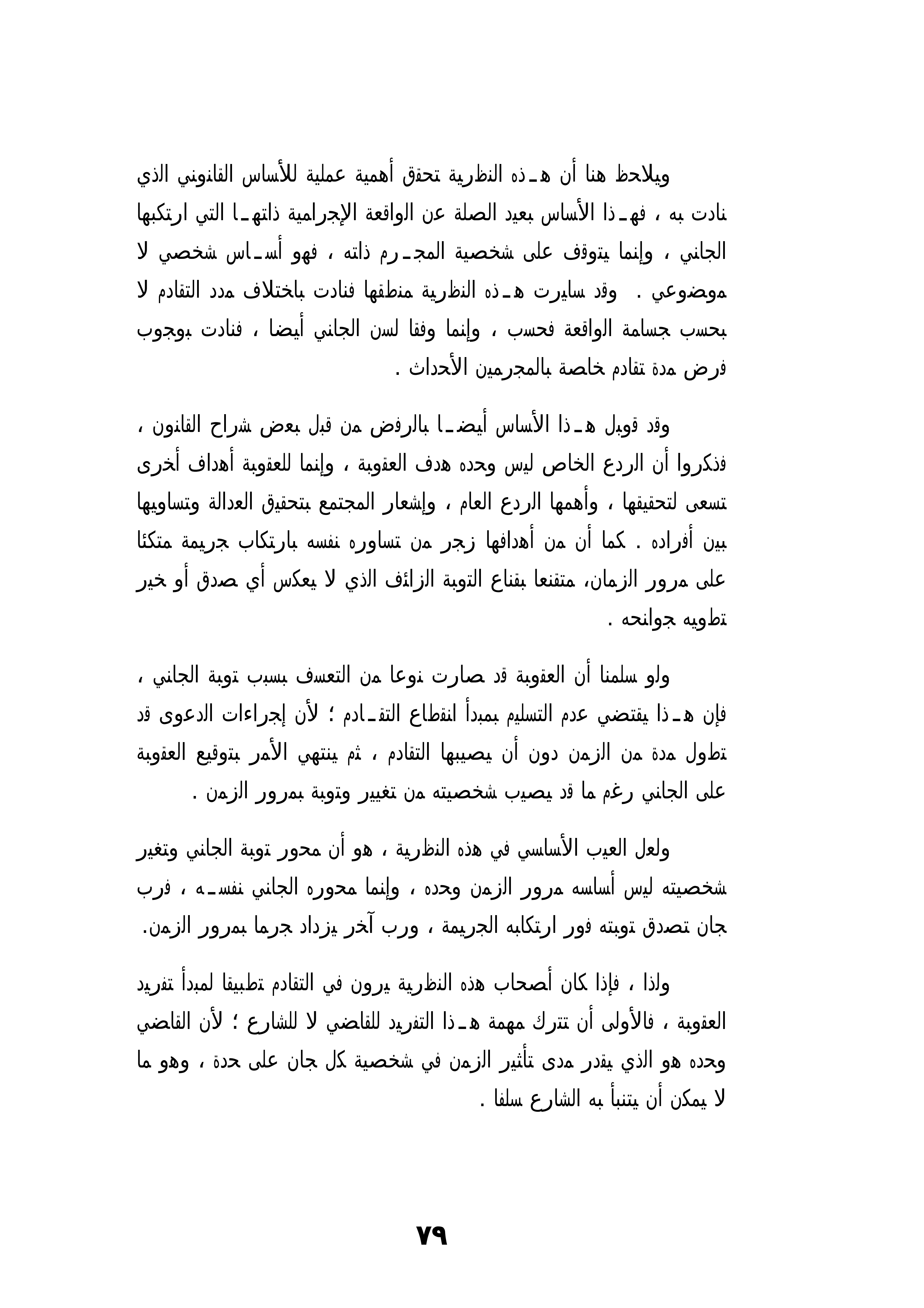
ويعني أصحاب هـذا الأساس بذلك أن مرور فترة زمنية طـويلة على ارتكاب الجريمة كفيلة بتوبة الجاني عما ارتكبه، بل ربما يكون قد نسي جريمته، الأمر الذي يجعل من عقابه نوعا من التعسف ، لأن من أهم أهداف العقـوبة الردع الخاص الذي يردع المجرم عن معاودة الجريمة ، وأن يجعله فردا صالحا في مجتمعه ، ألا وقد تحقق هذا الهدف دون عقابه ، فما الفائدة المرجوة إذن من الإصرار على إنزال العقاب عليه ؟! .

---

(١) انظر :

ـ في أصول الإجراءات الجنائية ، د. حسن صادق المرصفاوي ، ص ١٥٤ .

ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢٢٠ .



ويلاحظ هنا أن هـذه النظرية تحقق أهمية عملية للأساس القانوني الذي نادت به ، فهـذا الأساس بعيد الصلة عن الواقعة الإجرامية ذاتهـا التي ارتكبها الجاني ، وإنما يتوقف على شخصية المجـرم ذاته ، فهو أسـاس شخصي لا موضوعي . وقد سايرت هـذه النظرية منطقها فنادت باختلاف مدد التقادم لا بحسب جسامة الواقعة فحسب ، وإنما وفقا لسن الجاني أيضا ، فنادت بوجوب فرض مدة تقادم خاصة بالمجرمين الأحداث .

وقد قوبل هـذا الأساس أيضـا بالرفض من قبل بعض شراح القانون ، فذكروا أن الردع الخاص ليس وحده هدف العقوبة ، وإنما للعقوبة أهداف أخرى تسعى لتحقيقها ، وأهمها الردع العام ، وإشعار المجتمع بتحقيق العدالة وتساويها بين أفراده . كما أن من أهدافها زجر من تساوره نفسه بارتكاب جريمة متكئا على مرور الزمان، متقنعا بقناع التوبة الزائف الذي لا يعكس أي صدق أو خير تطويه جوانحه .

ولو سلمنا أن العقوبة قد صارت نوعا من التعسف بسبب توبة الجاني ، فإن هـذا يقتضي عدم التسليم بمبدأ انقطاع التقـادم ؛ لأن إجراءات الدعوى قد تطول مدة من الزمن دون أن يصيبها التقادم ، ثم ينتهي الأمر بتوقيع العقوبة على الجاني رغم ما قد يصيب شخصيته من تغيير وتوبة بمرور الزمن .

ولعل العيب الأساسي في هذه النظرية ، هو أن محور توبة الجاني وتغير شخصيته ليس أساسه مرور الزمن وحده ، وإنما محوره الجاني نفسـه ، فرب جان تصدق توبته فور ارتكابه الجريمة ، ورب آخر يزداد جرما بمرور الزمن.

ولذا ، فإذا كان أصحاب هذه النظرية يرون في التقادم تطبيقا لمبدأ تفريد العقوبة ، فالأولى أن تترك مهمة هـذا التفريد للقاضي لا للشارع ؛ لأن القاضي وحده هو الذي يقدر مدى تأثير الزمن في شخصية كل جان على حدة ، وهو ما لا يمكن أن يتنبأ به الشارع سلفا .

هذه هي أهم الأسس[1] التي ذكرها أنصار التقادم الجنائي ، وبرغم أن كلا منها لم يسلم من النقد والطعن ، فإن المشرع المصري قد أخذ بمبدأ التقـادم الجنائي ، ولكنه لم يفصح عن الأسـاس الذي اعتمد عليه في ذلك ، وكأنه يرى الأخذ بكل هذه الأسس مجتمعة .

(١) وقد ذكر بعض الفقهاء بعض الأسس الأخرى ، ولكن يمكن إدراجها فيما مضى من أسس ، مثل من يرى أن التقادم يعتبر جزاء تراخي النيابة العامة عن مباشرة إجراءات الدعوى . وهذا يمكن أن يدرج الجواب عليه تحت الرد على أساس جزاء الإهمال السابق ذكره . ومثل من يسند التقادم إلـى نظرية التوازن القانوني ، ويقصد بها أن من أهداف العقوبة هو أن يحدث للجاني نوع مـن إقامـة العلاقات بينه وبين أفراد المجتمع ، ومرور الزمن - دون العقوبة - كفيل بإحداث هذا التـوازن . والجواب على هذا قد سبق التعرض له خلال الاعتراض على أساس توبة الجاني . انظر على سبيل المثال : سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضـعي ص ٢٢٣ ، الوسـيط فـي قـانون الإجراءات الجنائية ص ٢١٦ .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

إذا ما نظرنا إلى الأسس التي اعتمد عليها القائلون بتقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي والقانون ، نجد التشابه بينهما في بعض الجزئيات، حيث نجـد أن كلا منهما جعل من مرور الزمن سببا لرفع الجريمة أو العقوبة عن الجاني ، كمـا نجد أنهمـا يدعوان إلى إقالـة عثرات الناس ، ويدعوان أيضـا إلى الحفاظ على سـلامة المجتمع من أية إثارة ، وأن الردع الخاص إذا ما تحقق في الجاني بتوبته فلا حاجة إلى عقوبته ، كما نجد أن الطعن في شهادة الشهود كان من أهم الأسس التي اعتمد عليهـا كلا الفقهين ، وأخيرا نجد فكرة التقادم جزاء إهمال السلطات لم تغب عنهما أيضا .

ومع هـذا التشابه بين النظامين نجـد التمايز واضحا بينهما ، ففي الفقه الإسلامي نجد أن التقادم يقـوم أساسا على الطعـن في صحة الدليل ـ وهو الشهادة غالبا ـ ، أي عدم ظهور الحق واضحا ، أو ما يعرف بتعبير أهـل القانون بالتشكيك في القواعد الإجرائية ، فالفقه الإسلامي بذلك لا يسقط أصـل الجريمة ، وإنما فقط لا يقبل دعوى سماعها .

أما القانون فيجعل من التقادم وحده سببا لاقتلاع الجريمة من جذورها ، ونفيها عن مرتكبها نفيا تاما كأن لم تكن ، لا يقبل في إثباتها أي دليل مهما بلغت صحته وقوته ، يقـول الشيخ أبو زهرة : '' عبارات القانونيين تفيد أنه تعتبـر الجريمة ساقطة بالتقادم ، فلا توجد جريمة قط ولا دعوى ولا حساب ولا عقاب، ولكن الشريعة لا تسقط الجريمة ذاتها ، ولكن لا تسمع الدعوى لإقامة الحد ، ولذاك لو جاء شهود أربعة وشهدوا على رجل بالزنى ، ثم تبين أن المدة المقررة للتقادم قد مضت ، لا يحدون حد القذف ، وهذا دليل على أن الجريمة لم تسقط ، وإنما لم يترتب عليها آثارها ؛ إذ لو كانت قد سقطت وكان الشخص بريئا لحدوا حد القذف باعتبارهم رموا بريئا محصنا . وفوق ذلك فإن عدم ترتب الحد في الجريمة التي توجب حدا لا يسـقط العقـاب نهائيا ، بل قـد يحل محل الحـد

تعزير[1] .

وفي الحق ، إن الشريعة لأنهـا قانون وديـن نظرت إلى سقوط العقوبة الشديدة ، ولم تنظر إلى ذات الجريمة وكان الحساب عسيرا يوم القيامة . أما القانون الوضعي فلأنه قانون لا صلة له بالدين ، فقد اعتبر الجريمة والعقوبة والدعوى بها أمورا ثلاثة متلازمة، فإذا سقطت الدعوى فإن الجريمة تسقط معها لا محالة ؛ إذ لا معنى لجريمة لا تسمع الدعوى بالعقوبة فيها ، إذ الجزاء جزء من اعتبار الفعل جريمة في حكم القانون ''[2] .

ولا يخفى هنا قصور نظرة القانون في بعض جوانب هذا الأمر ؛ إذ نجد هيئة القضـاء تبعا لهذا قد صارت عاجزة عن معاقبة الجاني الذي استمرأ الشر وعرف به ، وبرغم ثبوت الأدلة ضده ، وفي هـذا ما يكفي لاهتزاز الثقة بيـن الجماعة والقوانين الحاكمة لها .

ولذا كان من العدل والإنصاف التعديل الذي قام به الشارع مؤخرا من جعل هروب أصحاب الأموال مانعا ماديا يوقف سريان مدة تقادم العقوبة ، إذ كان قبل وقت قليل لا يعد مانعا ماديا للوقف ، وكان لا تسري عليه المادة (٥٣٢ إجراءات) التي تنص على '' يوقف سريان المدة كل مانع يحول دون مباشـرة التنفيذ ، سواء كان قانونيا أو ماديا '' .

نعود لرصد التمايز بيـن النظامين فنذكر أن تقـادم العقوبة في الفقـه الإسلامي يقوم أساسا على أن الاستيفاء من القضاء ، والقانون ـ وإن قال بتقادم العقوبة أيضا ـ لم يعتمد على هذا الأساس في نفي العقوبة ، وإنما على ما سبق عرضه من أسس .

وأخيرا ، فإننـا نجد في القانون فكرة تفريد العقوبة لتبرير التقادم وكذا الاستقرار القانوني غير مشار إليهمـا في الفقه الإسلامي ؛ لعدم توسعه في الأخذ بنظام التقادم ، وإن كان مبدأ توبة الجاني قد يصاحبه تفريد العقوبة .

---

(١) بل قد ذهب أيضا القائلون بالتقادم إلى ضمان السارق ما سرقه وإن سقط عنه حد القطع .

(٢) الجريمـة للإمام أبي زهرة ، ص ٩٨ ، دار الفكر بالقاهرة ، بدون تاريخ .

المبحث الثاني
أســاس الحيــازة

سبق القول في المبحث السابق بأن الحنفية بنوا عدم سماع الدعوى للتقادم ـ في تقادم الديون ـ على تهمة المدعي ، وحينما وجـد الحنفية أن التهمة تزيد في الحيازة ـ حيث يزيد على المسقط العلم بتصرف الحـائز بالمحوز تصرف الملاك ـ نصوا على عدم سماع الدعوى فيه قبل خمس عشرة سنة ، ومما جاء في هـذا الصدد ، أن من له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ، ويتصرف فيـه هدما وعمارة ، مع اطلاع جاره على ذلك فإن دعوى الجارعليه البيت أو بعضه لا تسمع[1] .

وبالنسبة للمالكية ، فإننا نجد حديث الحيازة '' من حاز شيئا عشر سنين فهو له ''[2] يأتي في صـدر أدلتهم في تأصيل الحيازة ، ولا تبدو أهمية عملية في البحث في سند هذا الحديث المرسل صحة أو ضعفا ؛ لأن المالكية أنفسهم لم يلتزموا السنين العشر في كل صور الحيازة ، وإنمـا زادوا عليها مددا أخرى ، تزيد أو تقل عن العشر تبعا لظروف كل حالة .

كما أنهم أضافوا إلى الحديث أدلة أخرى تمنع من سماع الدعوى ضد الحائز ، حتى إن ابن القيم الذي لم ير صحة الحديث عمل بمضمونه ، وأخذ عن المالكية أدلتهم هذه في رد الدعوى[3] .

وقد تعرض الدكتورعبد الجواد لذكر الأسانيد التي تدعم حديث الحيازة ، وتؤيد وجهة نظـر فقهاء المالكية الذين يرون ـ في رأيه ـ أن الحيازة تسقط الملك عن المالك ، وتنقله إلى الحـائز ، وهي : حث المالك على المحافظة على ملكه ووضع جـزاء لإهماله ، ومكافأة من يحيي أرضا مواتا بتملكها ، وتمليك

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٤ هامش ١ .

(٣) الطرق الحكميـة ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

اللقطة لواجدها[1] . ثم أخذ يوضح علاقة هذه الأسانيد بحديث الحيازة من وجوه شبه[2] .

ولا نخوض هنا في مناقشة الدكتور عبد الجواد في كل سند مما ذكـره منفردا ، وإنما يكفي القول بأن الدكتور عبد الجواد إنما ذكر هـذه الأسانيد ليؤكد قول من قال ـ في رأيه ـ بأن الحيازة تسـقط الملك عن المالك وتنقله إلـى الحائز ، وهذا القول سبق مناقشته وبيان عدم صوابه[3] ، وتبعا لهذا فإن هذه الأسانيد لا تشهد لما أراده الدكتور عبد الجواد .

وقد أردف الدكتورعبد الجواد هذه الأسانيد مطلبا عنوانه (الأسس التي اعتمد عليهـا فقهاء المالكية في الحيازة غير الحديث النبوي) ، ثم ذكر الأساس الأول ، وهو أن (الأصل في الحكم بالحيازة جهل الحائز بأصل مدخله فيهـا . الحيازة لحماية المالك أو من يظهر بمظهر المالك) .

وبخصوص الشق الأول من هـذا الأساس ، فقد انتهى إلى أن المقصود بجهل الحائز بأصل مدخله فيمـا يحوزه ، هو أن يجهل الحـائز أنه دخل في الحيـازة بسبب مؤقت أو عارض ، كالإجارة والإعارة ، أو بسبب غير شرعي كالغصب مثلا[4] .

ولكن يبدو أن هـذه الجزئية لا تندرج تحت تأسيس الحيازة ، وإنما تتبع شروطها ، ولا يعني هذا أن شروط الحيازة غير مرتبطة بأسسها ، فمثلا شرط تصرف الحـائز في المحوز تصرف الملاك ، يؤسس للحيازة بأن العرف يشهد للحائز بأنه أحق بالمحوز ، وكذلك شـرط حضور المحوزعليه وعلمه بالحيازة وسكوته مدة التقادم ، يؤسس لها بأن المحوزعليه متهم في ادعائه الملك . وأما

---

(1) وقد ذكر سندا رابعا ، وهو استبعاد الأرض الموات والأشياء المتروكة من مجال تطبيق حـديث الحيازة . وواضح أن هذا السند يتعلق بالسند الثاني ، وهو مكافأة من يحيي أرضا مواتا بتملكها .

(2) الحيازة والتقادم ص ٢٥٢ : ٢٥٥ ، بند ١٧٧ : ١٧٩ .

(3) وذلك عند الكلام عن طبيعة الحيازة بالفصل السابق .

(4) الحيازة والتقادم نهاية بند ١٨٢ ، ص ٢٦٠ وراجع ص ٦١ هامش ٤ ـ من هذه الرسالة ـ حيث الكلام عن جهل الحائز بأصل مدخله .

ما نحن بصدده من علم الحائز بسبب دخوله على المحوز بما ينقل الملكية إليه ، فهو وإن كـان شرطا للحيازة لكنه لا يصلح أن يكون مؤسسا لهـا ، بمعنى أن دعوى الخصم لا ترد لأجل هذا العلم ، بخلاف العرف أو التهمة أو ما شابه ذلك مما يصلح لردها .

أما الشق الآخر ـ الحيازة لحماية المالك أو من يظهر بمظهر المالك ـ من هذا الأساس ، فلم يذكر الدكتور عبد الجواد وجهه ، ويمكن القول بأن الحائز قد لايكون بيده سند الملكية ، كأن يكون وارثا وليس معه سند ملكية مورثه ، أو يكون مشتريا ثم يفقد عقد البيع ـ غير المسجل ـ ، ولكن تظل يده على المبيع مدة الحيازة ، فهنا تكفي الحيازة سندا له ، وبأولى تعفيه من تسلسل الملكية .

ثم ذكـر الدكتور عبد الجواد الأساس الثاني للحيازة ، وقد جعل عنوانه (عشر سنين أبلغ شيء في الإعذار) ، وأيضـا (مدة العشر سنين في الحيازة أبلغ عذر للمحاز عليه) ، وقد نقل تحت العنوان الأول قول الحطـاب : '' قال ابن يونس : قال ابن سحنون : لما أمر ا نبيه صلى ا عليه وسلم بالقتال بعـد عشرسنين ، كانت أبلغ شيء في الإعذار . واعتمد أهـل المذهب على الحديث المتقدم[1] ، وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنهـا غير مقبولة ، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين ، دليـل على انتقاله عنه . وا أعلم ''[2] .

ثم نقل تحت العنوان الثاني قول بعض المفسرين في بعض آيات الكتاب، مثل قوله تعالى ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾[3]، ثم قال معلقا: '' وعلى ذلك فبعض المفسرين وبعض فقهاء المالكية، يرون أن المدة التي مضت بين بدء الرسـالة والأمر بالقتال هي عشر سنين ، وهي مدة كافية في الإعذار ، لمن يقتنع بالحجة والبرهان، فإذا مضت هذه المدة، فإن الذين

---

(١) حديث الحيازة السـابق . وقد سبق تخريجه ص ٢٤ هامش ١ .

(٢) الحيازة والتقادم بند ١٨١ رقم ٢ منه ، ص ٢٥٧ . وانظر مواهب الجليل ٢٢٤/٦ .

(٣) الحج : ٣٩ .

لم يقتنعوا بصحة الرسالة ، يجب أن يعلن عليهم الجهاد ، وأن يقاتلهم النبي صلى ا عليه وسلم .

وقياسا على هـذه المدة في موضوع الحيازة ، فإن استمرار الحائز مدة عشر سنين ، يستعمل المال المحاز المملوك لغيره ، أو يتصرف فيه تصرف المالك فيما يملك ، كما يقول الفقهاء ، وسكوت المالك طوال هذه المدة ، دون أن يعترض على الحائز أو يطالبه بحقه ، هذه المدة كافية لاعتبار هذا المالك مهملا أو تاركا لحقه، وتكون بذلك كافية لإسقاط الحماية المقررة للمالك على ملكه عنه، بل إسقاط ملكيته عنه ونقلها إلى الحائز عند الإمام مالك وبعض أصحابه ، ومن أخذ بقولهم من فقهاء المذهب المالكي ، كما سبق أن ذكرنا ''[1] .

وما يلاحظ هنا هو أن الحطاب لم يورد هذا الكلام في تأسيس الحيازة ، وإنما ساقه في بيان مدة الحيازة والتدليل عليها ، والدكتورعبد الجواد نفسه ذكر في كلامه السـابق ، أن تحديد العشـر في الحيازة مقاس على مدة الإعـذار . وسيأتي خلال الكلام عن مدة الحيازة بيان عدم صحة هذا القياس[2] .

كما أننـا نجد في كلام الدكتور عبد الجواد السابق أنه يبني الحيازة التي تسقط الملك عن المالك ، وتنقله إلى الحائز ، على الإهمال أو التنازل ، أو على حد قوله '' هذه المدة كافية لاعتبار هذا المالك مهملا أو تاركا لحقه '' . وهذا لا يصح ؛ لأن الإهمال لا يكون أبدا سببا لإسقاط الملك ونقله إلى غير صاحبه ، سواء أكان الإهمال في ترك ملكه وعدم استعماله، أم كان في سكوته على الحائز الذي يتصرف في ملكه ، وهـذا الإهمال الأخير يقتصر أثره على رد دعـوى المحوز عليه ، وليس إسقاط ملكه عنه[3] .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ١٨٣ ، ص ٢٦١ .

(٢) انظر ص ١١٧ ، ١١٨ .

(٣) وهـو ما سبق التدليل عليـه في طبيعة الحيازة وقريب من هـذا قول الدكتور عدلي أميـر : '' بالرغم من أن المالك للعقار حر يفعل في ماله ما يريد ، إلا أنه لا يجـوز لـصاحب العقـار أن

هذا عن الإهمال ، أما تبرير الحيازة على اعتبار تنازل المالك ـ الوارد في كلام الدكتورعبد الجواد السابق أيضا ـ فإنه لا يصلح كذلك ؛ إذ فيه افتئات على المحوز عليه ، ونسبة قول إليه وهـو يبدي غيره بالمطالبة بالمحوز ، وقد يكون هو المالك حقيقـة للمحوز ، وأنه لم يتركه تنازلا ، الأمـر الذي لا ينفي الملكية عنه . وأيضا فإن الحيازة إذا كانت بذاتها تعد تنازلا ، لكفى الحائز حينئذ ادعاء الحيازة وحدها دون ادعاء الملكية ، وهذا ما لم يقل به المالكية أنفسهم .

وأما الأساس الثالث الذي نقله الدكتورعبد الجواد عن المالكية ، فهو ما ذكره من أن سكوت المحوز عليه على الحائز يعـد كإقراره بحق الحائز[1] ، كما ذكر فيه جواز القضاء بتغليب الأحوال، وأن العادة جرت على ألا يترك أحد ماله بيد غيره مدة طويلة[2] .

هذا عن المالكية، أما الإباضية فقد استدلوا بحديث الحيازة أيضا، وذكروا أن الحيازة تنهي الصراع بين المتخاصمين ، وتعفي القاضي من عنـاء التقصي والبحث عن الأدلة المطمورة والمتعذرة ؛ لموت الشهود وضياع العقود[3] .

فالحائز وإن كان له المطالبة بحقه ، فإن القضاء ـ أداة الحائز ـ له أن ينظم هـذه المطالبة بما يحقق له الوثوق من الأدلة ، فالحيازة بهذا الاعتبار هي

يمارس حقه على وجه يلحق الضرر بغيره ، وقد حرمت عليه الشريعة حبس الأموال عن التداول ؛ لما في ذلك من إضرار بالثروة القومية ، ولأن الله سبحانه وتعالى ما خلق هذا الكون إلا لمـصلحة عباده ؛ لقوله تعالى ﴿ والأرض وضعها لِلأَنَامِ ﴾ ، ولم يرسل رسله وأنبياءه إلا لمـصلحة العبـاد ، فالأحكام الشرعية كلها قامت لتحقيق مصالح العباد . فالتملك ليس إلا مكنة أباحها الشـارع للمنفعة ، ومن ثم فلا يجوز أن تتخذ الملكية وسيلة للإضرار بالمجتمع ، وذلك بالقول بعـدم اكتـساب ملكيـة العقار لحائزه زمنا طويلا بالشروط المقررة للحيازة ، بحجة الحفاظ على بقاء الملكية للمالـك الـذي أهملها '' . تملك العقارات بوضع اليد ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، منـشـأة المعـارف بالإسـكندرية ، ١٩٩٢ .

(١) إقرار المحوز عليه بحق الحائز يختلف عن التنازل ؛ إذ إن التنازل يفترض فيه أن المحوز عليه كان مالكا للمحوز ، بخلاف الإقرار الذي لا يشترط فيه ذلك .

(٢) الحيازة والتقادم بند ١٨٤ ، ص ٢٦١ : ٢٦٣ .

(٣) السابق بند ٢٤٧ وما بعده ص ٣٤١ ، ٣٤٢ . وانظر شرح النيل ٥١٧/١٣ ، ٥١٨ .

جزء من النظام العام .

على أية حـال ، فهذا الأساس ـ وما سبقه من أسس ـ إنما يعود إلى تهمة المدعي فيمـا يدعيه ، وهو بهـذا يتفق مع ما سبق بيـانه ـ في المبحث السابق ـ من بناء تقادم الديون على التهمة أيضا[1] .

وأخيرا فإن بنـاء التقادم في الفقه الإسلامي على التهمة ، إنما هـو في مجـال حقـوق الأفراد فيمـا بينهم ـ محل اهتمام الفقه الإسلامي في تنـاوله للتقادم ـ ، أما حقوق الأفراد من السلطة الحاكمة بأشكالها المختلفة فإن أساس التقادم فيها يرجع إلى النظام العـام وسلطة ولي الأمر ـ بصوره المتدرجة ـ في تقييد المباح ، فكل من الهيئات والمؤسسات والوزارات المدنية وغير المدنية لهـا إسقاط حقـوق من يتعامل معها بالتقادم ـ برغم ثبوت هـذه الحقوق ـ مراعاة لتقديم المصلحة العـامة ، وتفاديا من الوقوع في الحـرج الشديد إذا لم تسقط هذه الحقوق بالتقادم .

---

(١) راجع ص ٦٤ .

الفصل الرابع

نطـاق التقـادم

المبحث الأول   نطـــاق الحيـــازة

المبحث الثاني   نطاق تقادم الديون

المبحث الأول
نطـاق الحيــازة

ترتبط الحيازة ـ التقادم المكسب ـ بالحقوق العينيـة ، فإذا حاز حائز حقا عينيا حيازة صحيحة أو بشروطها ، صار ذلك قرينة على تملكه هذا الحق ، ولكن يستثنى من ذلك ما يأتي :

١ ـ الحق العيني المقيد بالسـجل العيني ، فهـذا الحق وإن كان قابلا للتعامل معه وحيازته ، فإنه لا يكتسب بتقادم حيازته ، ومبادئ الفقـه الإسلامي لا تتعارض مع ما يستجد من أسـاليب توثيق الحقـوق ، ما دامت لا تخـالف روح الشرع[١] .

كما لا تتعارض مبادئ الفقه الإسـلامي مع عدم سقوط الحـق المقيد بصحيفة الوحدة العقارية بالسجل العيني بالتقادم ، فمالك العقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بأن غيره قد تملك عقاره بالتقادم ؛ وذلك اعتمادا على أن البيانات المدونة بالسجل العيني لا يرقى إليها شك، وأنها تعبرعن حقيقة الأمر وواقعه[٢]. وقد نصت المادة (٣٧) من قانون السـجل العيني الصادر سنة ١٩٦٤م على أنه '' يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيـه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ''[٣] .

---

(١) انظر على سبيل المثال في تأصيل هذا الموضوع : بحث الشيخ علي الخفيف '' شـهر العقـار وتسجيل التصـرفات وموقف الشـريعة من ذلك '' ، وهو مدرج بالجزء العاشـر مـن (وثـائق ونصوص) ، وهو الجزء الخاص بمجموعة أعمـال الحلقة الدراسية لقوانين الشـهر العقـاري في البلاد العربيـة . ص ٥٥١ : ٥٦٠ ، طبعـة معهد البحوث والدراسات العربية ـ جامعـة الدول العربية ، سنة ١٩٧٢ .

(٢) انظر على سبيل المثال في تأصيل هذا الموضوع : بحث الدكتور محمد عبد الجـواد '' نظـام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية '' بالمرجع السابق أيضا ، ص ٢٦١ : ٣٢٤ .

(٣) لم يسلم الدكتور محمد لبيب شنب لمدلول هذه المادة . راجع بحثه '' اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من الشهر الشخصي والشهر العيني '' بالمرجع السابق أيضا ، ص ٦٠٥ : ٦١٣ . وانظر كتابه أيضا '' دراسـات في قانون السجل العيني المصـري '' ص ٥٠ ، طبعة معهـد البحـوث والدراسات العربية ـ المنظمة العربية للتربية والثقـافة والعلوم ـ جامعـة الدول العربية ، سـنة ١٩٧٤ . وانظـر في الرد عليه '' السجل العيني في التشريع المصري '' الدكتور إبراهيم أبـو =

وإذا كنـا نلحظ ثم تعارضا بين القانون المدني الذي يقرالحائز الغاصب على ما حازه ، حتى لو أقـر بغصبه ، ما دام شروط حيازته قد توافرت ، وبين ما نحن بصدده ؛ إذ لن يبلغ الشهر العيني مبلغ الإقرار بالغصب توثيقا لصاحب الحق . أذكر أننا إذا كنا نلحظ هذا التعارض في القانون ، فإننا لا نجد له أثرا في الفقه الإسلامي الذي لا يقر حيازة غاصب .

هذا ، وينبغي أن يتوجه النظر إلى أن إجراءات التحري عن مالك العقار قبل تدوينه بالسجل العيني ـ حتى يسلم عقاره من التملك بالتقادم ـ من الناحية النظرية يمكن أن نصل بهـا إلى حقيقة الأمر وواقعه ، غير أن بعض القائمين على أمر السجل العيني لم يتحروا هـذه الإجراءات عند التطبيق ، وإنما اكتفوا في تدوين بيانات العقار بالسجل العيني على بيانات سجلات الشهر الشخصي أو العقاري ، دون تحر وتأكد ونزول إلى أرض الواقع ، للوقوف على مدى صدق هذه البيانات التي ينبغي أن يقتصر دورها على الإرشاد المبدئي لمعرفة صاحب العقار ، لا أن تكون هي كل ما يعتمد عليه القائمون بالأمر . ولذا فإننا لو أخذنا بمبدأ القـوة المطلقة للسجل العيني ، وأن المدون فيه لا يجري عليه التقـادم ، يجب أن يتبع ذلك تطبيق ما وضع له من إجراءات نظرية .

٢ـ وقد يكون الحق العيني غير مقيد بالسجل العيني ، وبرغم هذا لا يصح اكتسابه بالتقادم ، فقد يكون هذا الحق غير قابل للتصرف فيه أو حيازته ، وقد مثل الفقه الإسلامي لهذا بالأموال غير الخاصة ، كالطرقات والمساجد وغير ذلك[1] ، ولا يبتعد القانون عن الفقه الإسلامي في هذا الأمر ، فقد نص على أن الشيء لا يكون صالحا لأن يكتسب بالتقـادم بسبب طبيعته كالشمس والهـواء والبحار .... ، أو بسبب الغرض الذي خصص له كالأموال العـامة ، أو بسبب

= النجا، ص ٤٦٤ وما بعدها، بدون ناشر ، سنة ١٩٧٨ ، وكذلك '' نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية '' للدكتور ياسين محمد يحيى ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ ، دار النهـضة العربية ـ القاهرة ، سنة ١٩٨٢ .

(١) المجلة : مادة ١٦٧٥ ، حاشية العدوي على الخرشي ٢٤٢/٧ ، شرح النيل ٥٠٨/١٣ .

مخالفته للقانون والآداب كالمخدرات وبيوت الدعارة[1].على أنه إذا حولت الدولة بعض أموالها العامة إلى أموال خاصة ، فإنه يجري عليها أحكام التقادم .

ومن الأموال العامة التي لا تكتسب بالتقـادم الوقف ، وهذا ما ذهب إليه المالكية[2] والإباضية[3] ، أما الحنفية فيرون أن الدعوى التي تعود لأصل الوقف تتقـادم بثلاث أو ست وثلاثين سنة[4] ، وما ذهب إليـه المالكية والإباضية هو الراجح في ذلك ؛ إذ لم يسـق الحنفية دليلا على إلحاق الوقف بالأموال الخاصة التي يجري عليها التقادم .

٣ ـ حيازة الضرر: وقد تعرض الدكتورعبد الجواد لهذه الجزئية، يقول : ((جعل ابن فرحون في تبصرة الحكام فصلا '' في نفي الضرر وسد الذرائع '' وقد جاء فيه : '' (مسألة) : ومن أحدث عليه ضرر من الاطلاع ، أو خروج ماء من مرحاض قرب جدار داره ، أو غير ذلك من الإحداثات المضرة ، وعلم بذلك ولم ينكره ولا اعترض عليـه فيه عشرة أعوام ونحوهـا ، من غير عذر يمنعه من القيام ، فلا قيام له بعد هذه المدة ، وهو كالاستحقاق . وهو مذهب ابن القاسم ، وقاله ابن الهندي وابن العطار. قال أصبغ : " لا ينقطع القيام في إحداث الضرر إلا بعد عشرين سنة أو نحوها " . وجعلها خلاف الحيازة في الأصول ، وبالأول القضاء ''[5] .

وعلى ذلك فالاطلاع، وهو حق المطل، وكذلك حق المسيل وما أشبههما، يمكن أن تكون موضوعا للحيازة بشروطها المذكورة[6] .

---

(١) الحيازة ، د. محمد المنجي ، ص ١٦١ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثانية ١٩٨٥ .

(٢) البهجة ٢٦١/٢ ، مواهب الجليل ٢٢٦/٦ .

(٣) شرح النيل ٥٠٨/١٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ .

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٥٤/٢ ، المطبعة الشرفية ـ مصر ، الطبعة الأولى ١٣٠١هـ .

(٦) أحال الدكتور عبد الجواد في حاشيته إلى الموضـع الذي ذكر فيـه شـروط الحيـازة ، مثـل استمرار الحيازة المدة المطلوبة ، وتصرف الحائز في المحوز بما يناسب طبيعته ، وغير ذلك مـن شروط . وما أشار إليه الدكتور عبد الجواد من حيازة حق المسيل ، جاء بناء على نص نقلـه عـن الحطاب قبل استعراض كلام ابن فرحون في حيازة الضرر .

يقول بعـد المسألة السابقة : '' (فرع) وفي الطرر : وحيازة الضرر على الأقارب والأجانب سـواء ، على القول بحيازته ، ولا يفرق بين الأقارب والأجانب ''[1] .

كما يقـول أيضا : '' (مسألة) وفي المتيطية : قال ابن حبيب : وجوه الضرر كثيرة ، وإنمـا تتبين عند نزول الحكم فيها ، من ذلك دخان الحمامات والأفرنة وغبـار الأندر[2] ، ونتن الدباغين ، إن لم يكن يضر لمن جاوره وإلا فاقطعوه ، وسواء كان قديما أو محدثا ؛ لأن الضرر لا يستحق بالقدم ، وإنمـا حيازة التقادم الذي جاء فيها الأثر '' من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به منه '' فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعض ، من أجـل أن الحائز لذلك يستغني بالحيـازة عن أصل وثيقته التي حاز بهـا إليه ذلك ، من شراء أو هبة . ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة ، بل لا يزيد تقـادم الضرر إلا ظلما وعدوانا ''[3] .

وعلى ذلك فطبقا لقول ابن حبيب، لا يمكن حيازة حقوق الارتفاق الضارة بصاحب الملك المجاور أو العقار الخادم ، ولكـن هذا مخالف لرأي الغالبيـة العظمى من كبـار فقهاء المذهب المالكي ، ومنهم ابن القاسم وابن الهندي وابن العطار وأصبغ ، كما هو مذكور في النص الأول .

ولكن هناك وجهة نظر أخرى أوضح من وجهة نظر ابن حبيب ، نقلها ابن فرحون عن ابن أبي زمنين[4] الذي يقول : '' رأيت في مسائل يسأل عنها

---

(١) تبصرة الحكام ٢٥٤/٢ .

(٢) الأندر بوزن الأحمر : البيدر بلغة أهل الشام . والبيدر بوزن خيبر : الموضع الذي يداس فيـه الطعام . مختار الصحاح للرازي : ندر ، بدر. دار الحديث ـ القاهرة ، بدون تاريخ . وداس الزرع أو الحصيد أو الحب : درسه . المعجم الوسيط : دوس . إصدار مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة دار المعارف بالقاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ ، ١٩٧٢م .

(٣) تبصرة الحكام ٢٥٥/٢ .

(٤) أبو عبد ا محمد بن عبد ا بن عيسى بن أبي زمنين المري ، أجل أهل وقته قدرا في العلـم والرواية ، صنف في علوم متعددة ، منها تفسـير القرآن ، واختصار لشرح ابن مـزين للموطـأ ، وكتاب أصول السنة . توفي بالبيرة سنة تسع وتسعين وثلاثمائة . الديباج المذهب ٢٦٩/١ ، ٢٧٠ .

ابن مزين[1] أنه قال : ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة لا تزيد، كفتح الأبواب والكوة يطلع منها ، وشبهه مما يحدث بمحضر من أحدث عليـه ، فإن محدثه يستحقه في مثل ما يستحق في الحيازة من طول الزمان . وما كان ضرره يتزايد كالكنيف فلا يستحقه محدثه بطول حيازته ، وإن أمسك المحدث عليـه ذلك عن القيام فيه ، ثم أراد القيام بعـد ما مضى من الزمان ما يكون فيه الحيازة ، فإن ذلك لا يحاز بطـول الزمان ، ويقطع عن المستضر به متى قام فيـه . وكذلك الدباغ ؛ لأنه مما لا يبقى على حالة واحدة كالكنيف ، وإن لم يزد في حفرته في السعة والطول ، فقد يوهن ما يلي الحفرة بكثرة ما استنقع فيها من الماء وغيره عاما بعد عام ، فيحدث عند جاره من الوهن في جداره ما لم يكن حدث عليه من قبل ذلك ''[2] .

ومن الواضح أن ابن مزين قد فرق بين نوعين من حقوق الارتفاق :

النوع الأول هـو الذي يبقى على حالة واحـدة لا تزيد ، أي أن الضرر الناتج عنه ثابت لا يزيد بمرور الزمن ، وذلك كفتح الأبواب وحق المطل ، وهذا النوع من حقوق الارتفاق تطبق عليه قواعد الحيازة .

والنوع الثاني من حقوق الارتفاق ، هـو ما كان ضرره يتزايد بمرور الزمن ، كالكنيف في الزمن الماضي للمدن الكبيرة ، قبل وجود نظام المجاري ، وكما هو الوضع في الوقت الحاضر في القرى والأرياف ، وذلك للسبب الواضح المذكور في النص .

---

(١) يحيى بن زكريا بن إبراهيم بن مزين ، أصله من طليطلة وانتقل إلى قرطبـة ، ورحـل إلـى المشرق فلقي مطرف بن عبد ا   وروى عنه الموطأ ، ورواه أيضا عن حبيب كاتب مالك ، وكـان حافظا للموطأ فقيها فيه . يقول عنه ابن لبابة : ابن مزين أفقه من رأيت في علم مالك وأصـحابه . ولي قضاء طليطلة ، وله تآليف حسان منها تفسير الموطأ ، وكتاب تسمية رجال الموطأ ، وكتـاب علل حديث الموطأ وهو كتاب المستقصية . مات في جمادى الأولى سنة تسع وخمسين ومائتين وقيل سنة ستين . الديباج المذهب ١/ ٣٥٤ ، ٣٥٥ .

(٢) تبصرة الحكام ٢٥٤/٢ ، ٢٥٥ .

وهذه التفرقة الدقيقة بين هذين النوعين من حقوق الارتفاق ، تدخل فيما ألفناه من دقة الفقهاء المسلمين في تحليل المراكز من حيث طبيعتها وآثارهـا . ونحن لا نشك في أن النتيجة المنطقية التي وصل إليهـا ابن مزين من التفريق بين هذين النوعين من حقوق الارتفاق، جديرة بالاعتبار والتطبيق العملي))[1] .

ولكن يبدو أن المدار الذي رجحه الدكتورعبد الجواد ليس في محله ، أي لا يعد عدم استفحال الضرر أو استفحاله سببا لاكتساب الحق بالتقـادم أو عدم اكتسابه ؛ لأن المحوز عليه يكون في غالب الأحوال على علم بما سيئول إليـه الأمر من ثبات الضرر على حالة واحدة أو عدم ثباته ، وحتى لو كان غير عالم فإن مقياس تزايد الضرر لا يعتد به أيضا ، وإنما بقرائن الأحوال ، حيث ينظر إلى نوع العـلاقة التي تربط الحائز بالمحوز عليه ، ومدى تسامح المحوز عليه في ترك الحـائز يستخدم ملكه ، وكذلك نـوع وحجم تصرف الحـائز في ملك المحوز عليه ، ومقدار الإجراءات والإشغالات المادية التي تصاحب استخدامه .

وإذا كان هذا هو المدار في الحيازة بعامة ، فإن الأمر يختلف في حيازة الضرر خاصة ؛ لأنه يمكن القول بأن الضرر ـ تزايد أو لم يتزايد ـ لا يجوز حيازته بدءا ، قياسا على حيازة المنهي عنه شرعا ، فالأمر ليس متعلقا بالزمن ، وإنما بثبوت الضرر الذي يجوز رفعه ولو مر عليه السنون . كمـا أن أساس التقادم هو التوهين من دليل المحوز عليه في أنه يملك المحوز ، وهذا ما لا نجد منه شيئا هنا ، إذ يقر الجميع ـ ومنهم الحائز نفسه ـ أن ما يحوزه هذا الحائز لا حق له فيه ، فكيف يكتسبه بالتقادم ؟! .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ١٣١ : ١٣٣ ، ص ٢٠٩ : ٢١٢ .

المبحث الثاني
نطـاق تقـادم الديـون

إذا كـان نطاق الحيازة مرتبطا بالحقوق العينية فحسب ، فإن نطاق تقادم الديون قد تخطى ذلك ليشمل الحقوق الشخصية أيضا ، غير أنه يستثنى من هذا ما يأتي :

١ ـ الحقوق الخاصة بالأحوال الشخصية ، فلا يسقط بالتقادم حق الإنسان في النسب ، ولا حقـه في الطلاق . وكذلك لا تسـقط بعدم الاستعمال الأسماء والألقاب العائلية ؛ إذ إن الأسماء لصيقة بالشخصية ، وليست من الحقوق المالية التي يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه ، مهما طالت مدة انتحاله أو استعماله له . وعدم استعمال اللقب خاصة لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة إهماله[1] . وإذا كان هـذا الاستثناء قد ورد في القانون ، فإن الفقـه الإسلامي لا يعارض ذلك ؛ لأن مثل هذه الرخص لا تحتاج إلى تجديد نفسها من حين لآخر ، ولأنها لا تتعارض ودوافع تشريع التقادم .

٢ ـ توثيق الحق : الإقرار بالحق لا يعد فحسب قاطعا للتقادم ، بل يعـد مانعا له أيضا[2] ، وتوثيق الحق هو صورة من صور الإقرار ، فلو كـان بيد المدعي وثيقة بموضوع الحق ـ كوثيقة الزواج الرسمية ـ تحمل توقيع المدعى عليه أو خاتمه ، فله أن يتقدم بها للقضاء ، مطالبا بحقه حتى لو تقادم ، وإذا كان للمدعى عليه الدفع ، فله أن يطعن مثلا في صحة التوقيع أو سرقة خاتمه ، وهذا الدفع غير مرتبط بالتقادم؛ إذ له أن يستعمل هذا الدفع حتى لو لم يتقادم موضوع الدعوى . وتوثيق الحق هنـا بالتوقيع أو الخاتم يختلف عن توثيقه بالشـهادة ؛

---

(١) التقـادم ، علي أحمد حسن ، بند ٣١٧ ، ص ٢٧٠ ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

(٢) سيأتي تفصيل القول في انقطاع التقادم في الفصل السابع من هذا الباب .

إذ شبهة التزوير تظـل في جانبها بالتقادم . ولا يعترض بأن الطعن في صحة الشهادة يمكن أن يدفع به المدعى عليه حتى لو لم تتقادم الدعوى ؛ وذلك لأن طعنه في هذه الحالة سيكون مبنيا على جرح الشهود ، وليس له ذلك إذا كانـوا عدولا ، بخلاف ما لو تقادمت ، فإن التأخير ـ دون عذر ـ يعد جرحـا فيهم ـ أو في المدعي ـ ولو كانوا ظاهري العدالة[1] .

٣ ـ دعوى البطلان : وهذا بدهي؛ لعدم احتياج العقد الباطل لشيء خارج عنه لإبطاله ، يقول الشـيخ الزرقا : لا يمتنع التمسك ببطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ، ولو مضت على العقد مدة التقـادم ؛ ذلك لأن الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجودا بطول الأمد .

فلو فرض في البيع الباطل مثلا ، أن المشتري لم يكـن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاما ، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ؛ ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمـن ، فإن للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطـلان البيع . وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالبا تسليم المبيع بعد التقادم ، فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيـع . ويقبل من كل منهما هـذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم ؛ ذلك لأن كلا منهما في الأصل غير مكلف بالادعاء والتقاضي لإبطال العقد ؛ لأن الباطل لا يحتاج إلى إبطال .

وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تم تنفيذه بالتقابض ، ومضت مدة التقادم ، ثم رفع البائع الدعوى بعـد خمسة عشر عاما ، يطلب استرداد المبيع بحجة بطلان البيع ، فإن للمشتري في هـذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنه تلقاها منه بشراء باطل ، وعندئذ يقضى برد دعوى الاسترداد ؛ لأنه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله ، فإن استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتسليم يحتاج إلى دعوى ، فيخضع حق الاسترداد

---

(١) وعدم تقـادم الحق الموثق بالسـند ، هو القول الراجح عند المالكية . انظر الحيازة والتقـادم ـ ومصادره ـ بند ١١٥ . وستأتي معاودة كلام عن هذا الموضوع ص ١٨٣ : ١٨٦ .

للتقـادم ؛ لأن ترك الدعوى فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة مدة التقادم يمنع سماعها . فيعتبر حكم التقادم هنا ساريا على حق الاسترداد ، لا على بطلان العقد .

ومثل ذلك يقال فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال، طالبا استرداد الثمن ، لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن ، فإن للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به .

ويظهر الفرق جليا بين سريان حكم التقـادم على حق الاسترداد ، وعدم سريانه على بطلان العقد ، فيما لو تأخر التقابض في البدلين عن تاريخ العقد ، حتى مضت مدة التقـادم على العقد الباطل ، ولم تمض على التقابض . ففي هذه الحال يحق لكل من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلمه بحجة بطلان العقـد ، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزمان على العقـد ؛ ذلك لأن البطلان لا يؤثر فيه التقادم ، وحق الاسترداد لم يتقادم[1] .

ويبدو أن القـانون المدني الحالي لم يكن موفقا حينما أضاف إلى المادة (١٤١) تقادم دعوى البطلان ، فقد نصت الفقرة الثانية من هـذه المادة على أنه '' تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد '' ، وبرغم أن العقد الباطل لا يتغير وصفه بتقـادمه ، فإن إجراء ما يجري على العقـد الصحيح عليه ، أمر غير سـائغ .

٤ ـ الدفوع : قيل في تبرير أبدية الدفـوع ، بأن التقـادم لا يتناول إلا الدعوى التي أهمل ذووها استعمالها ، فيسري عليها ميعاد التقادم من الوقت الذي كان يمكن فيه استعمالها ، أما الدفوع فهي لا تعدو أن تكـون دفاعا يتمسك به المدين لصد دعوى الدائن، ولا سبيل أمام المدين في التمسك بالدفع إلا إذا رفعت عليـه الدعوى . وعلى ذلك يبقى الدفع ما بقيت الدعوى ، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم .

---

(١) المدخل الفقهي العام بند ٣٦١ ، ص ٦٧٠ ، ٦٧١ ، دار الفكر ـ دمشق ، الطبعة العاشـرة ١٣٨٧ ، ١٩٦٨ .

ويفترض تطبيق قاعدة أبدية الدفوع أن يكون المتمسك بها مدعى عليه ، فهو يدفع الدعوى المرفوعة عليـه ، وينتج من ذلك ، أن هـذه القاعدة لا يمكن التمسك بها في صورة رد أو في صورة طلب فرعي أو دعوى المدعى عليه .

فبالنسبة للرد ، فمن المسلم أن من يتمسك به لا تتحول صفته من مدع إلى مدعى عليه ، فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع .

وبالنسبة للطلب العارض أو دعوى المدعى عليه، فلا يمكن أيضا التمسك بهـذه القاعدة ؛ إذ يكون من يتمسك بالبطلان ، أو بالحق الذي مضت عليه مدة التقادم ، قد أصبح مدعيا في هذه الحالة ، وعليه إذن التمسك بحقه ورفع الدعوى به في المواعيد القانونية .

وقد قضي في خصوص ما تقدم بأنه ولئن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا؛ ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما ، فلا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وإنمـا تتقادم الدعوى به ، فلا تسمع بعـد مضي المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ؛ لأنه دفع والدفوع لا تتقادم[1] .

وما دامت الدفـوع تتعلق بجانب المدعى عليه ، فإنه ليس ثم ما يعارض أبديتها في الفقه الإسلامي ، الذي خص التقـادم بالمدعي وحده ، والتبرير الذي قدمه القانون في تسويغ أبديتها يتفق ومبادئ الفقه الإسلامي .

٥ ـ الأحكام : القاعدة العامة أن قوة الأحكام تسقط بالتقادم بمضي خمس عشرة سنة ، فالحق الذي يقرره الحكم يسقط إذا لم يقم المحكوم له بتنفيذه خلال هذه المدة ، وهذه القاعدة لا يجوز الأخذ بهـا على إطلاقها ؛ ذلك أنه إذا كان الحكم مقررا لحق الملكية ، فيعتبر منتجا بصرف النظر عن أي تنفيذ له، إذ يظل

---

(١) التقـادم ، علي أحمد حسن ، بند ٣٢٣ ، ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ .

حق الملكية قائما ما لم يقم الدليـل على أن الغير قد اكتسب الملكية بوضع اليـد باعتبار أن حق الملكية لا يتقادم بالإهمال أو عدم الاستعمال[1] .

والقانون بهذا يتابع ما قرره من تقادم الإقرار نفسـه ؛ لأن حكم القاضي لن يبلغ مرتبة الإقـرار ، فبأولى تقادمه . أما الفقه الإسلامي ، فإن التقـادم فيه مبني على الطعن في دليل الخصم ، ولذا فإن حكم القضاء فيه لا يتقادم ، سواء أكان مؤسسا على الإقرار أم غيره ، تنفيذا لحكم دعوى الاسترداد أم غيره أيضا؛ لأن حكم القضـاء إذا وجب تنفيذه في الحـال ، فإن مرور الزمن لا يؤثر على وجوب نفاذه ، إذا لم ينفذه المحكوم له[2] .

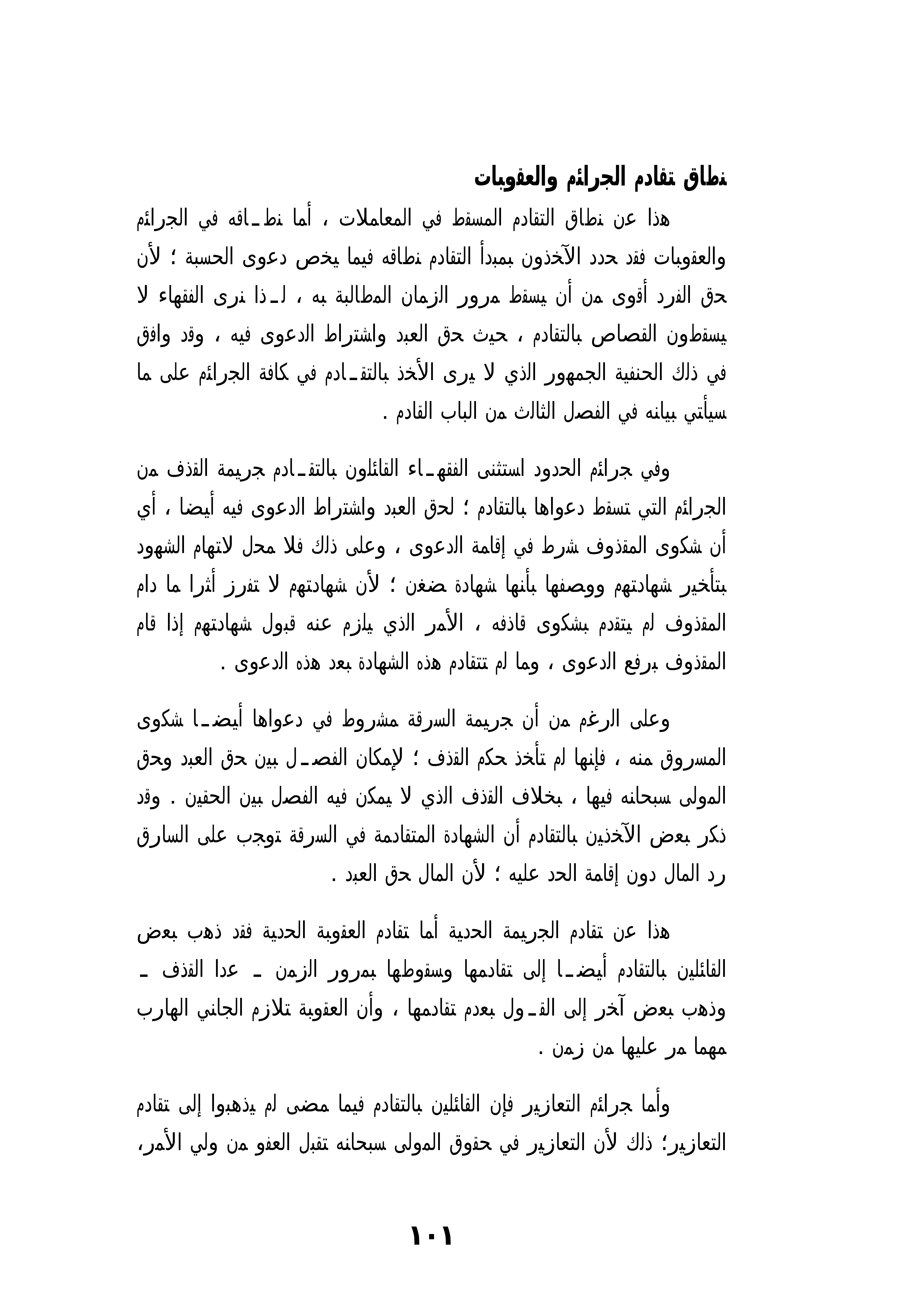
٦ـ الإبراء : التنازل الذي يتضمن إبراء الدائـن مدينه من التزام ما ، إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات، وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام دون الوفاء به ، فإنه لا يمكن أن يرد عليه مثل هذا التنازل ، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائيا ، فإنه ينشئ مركزا قانونيا ثابتا لا يتقادم أبدا ، ويحق للمتنازل إليه أن يطالب في أي وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ، ومن بينها إبطال ما اتخذه المتنازل من إجراءات تخالف تنازله[3]. ولا يختلف الأمر في الفقه الإسلامي عنه هنا لهذا السبب أيضا ، ولأنه كذلك لا يتعارض ودوافع تشريع التقادم فيه .

---

(١) التقـادم ، محمد أحمد عابدين ، ص ٢٨٦ ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، ١٩٩٥م .

(٢) وفي هذا يقول ابن فرحون : '' إذا قضي للرجل على الرجل بالدار أو غيرها من الأشياء ، فلم يخرجه المقضي له من يد المقضي عليـه ، حتى تقادم زمانه ، وحازه عليـه بعد أن قضي له به ، فذلك لا يسقط حق المقضي له '' . التبصرة ٨٨/٢ ، وانظر الحيازة والتقادم للدكتور عبد الجواد بند ٣٧ ، ص ٧١ ولبعض الحنفيـة رأي مخالف لهذا ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام للشيخ علي حيدر ٢٣٧/٤، دار الجيل ببيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩١م ـ ولكن رأي المالكية هو الراجح .

(٣) التقادم ، علي أحمد حسن ، ص ٢٧٥ .



نطاق تقادم الجرائم والعقوبات

هذا عن نطاق التقادم المسقط في المعاملات ، أما نطـاقه في الجرائم والعقوبات فقد حدد الآخذون بمبدأ التقادم نطاقه فيما يخص دعوى الحسبة ؛ لأن حق الفرد أقوى من أن يسقط بمرور الزمان المطالبة به ، لـذا نرى الفقهاء لا يسقطون القصاص بالتقادم ، حيث حق العبد واشتراط الدعوى فيه ، وقد وافق في ذلك الحنفية الجمهور الذي لا يرى الأخذ بالتقـادم في كافة الجرائم على ما سيأتي بيانه في الفصل الثالث من الباب القادم .

وفي جرائم الحدود استثنى الفقهـاء القائلون بالتقـادم جريمة القذف من الجرائم التي تسقط دعواها بالتقادم ؛ لحق العبد واشتراط الدعوى فيه أيضا ، أي أن شكوى المقذوف شرط في إقامة الدعوى ، وعلى ذلك فلا محل لاتهام الشهود بتأخير شهادتهم ووصفها بأنها شهادة ضغن ؛ لأن شهادتهم لا تفرز أثرا ما دام المقذوف لم يتقدم بشكوى قاذفه ، الأمر الذي يلزم عنه قبول شهادتهم إذا قام المقذوف برفع الدعوى ، وما لم تتقادم هذه الشهادة بعد هذه الدعوى .

وعلى الرغم من أن جريمة السرقة مشروط في دعواها أيضـا شكوى المسروق منه ، فإنها لم تأخذ حكم القذف ؛ لإمكان الفصـل بين حق العبد وحق المولى سبحانه فيها ، بخلاف القذف الذي لا يمكن فيه الفصل بين الحقين . وقد ذكر بعض الآخذين بالتقادم أن الشهادة المتقادمة في السرقة توجب على السارق رد المال دون إقامة الحد عليه ؛ لأن المال حق العبد .

هذا عن تقادم الجريمة الحدية أما تقادم العقوبة الحدية فقد ذهب بعض القائلين بالتقادم أيضـا إلى تقادمها وسقوطها بمرور الزمن - عدا القذف - وذهب بعض آخر إلى القـول بعدم تقادمها ، وأن العقوبة تلازم الجاني الهارب مهما مر عليها من زمن .

وأما جرائم التعازير فإن القائلين بالتقادم فيما مضى لم يذهبوا إلى تقادم التعازير؛ ذلك لأن التعازير في حقوق المولى سبحانه تقبل العفو من ولي الأمر،

فلا حاجة إذن للتقـادم لإسقاطها ، بيـد أن بعض الفقهاء المعاصرين ذهب إلى تقادمها ، على ما سيأتي بيانه كذلك في حينه[1] .

وما سبق كله إنمـا هو في تقادم الشهادة فحسب ، أما تقادم الإقرار فلم يذهب إليه أحد ، سوى ما جاء عن ابن أبي ليلى وزفر في تقادم الجريمة عامة ، وسوى ما جاء عن الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف في تقـادم الإقرار بحد الشرب خاصة ، على ما سيأتي بيانه أيضا[2] .

نطاق التقادم الجنائي في القانون

أما نطاق التقادم الجنائي في القانون فمن المقرر أن أحكام التقادم تسري على كل جريمة أيا كان نوعها، وأيا كانت عقوبتها، وأيا كان مصدرها القانوني، في قانون العقوبات أو في قوانين خاصة . ويستوي في هـذه الجرائم أن تكون مضرة بالمصلحة العـامة أو بآحاد الناس ، كمـا يستوي أن تكون من الجرائم المعتادة أو السياسية .

ولا يؤثر في عمومية مبدأ التقادم أن تكون الجريمة في طي الكتمان أو أن يكون سبب إخفائها عن علم السلطات تدبير المتهم أو إهمال القائمين على الأمن العام . كما يسري التقـادم على كل جريمة سـواء كانت معلومة للمجني عليه أو مجهولة ، وسواء حصل عنها تبليغ للسلطات المختصة أو لم يحصل .

وتطبيقـا لمبدأ العمومية يسري التقـادم على جميع مرتكبي الجرائم أيا كانت صفاتهم ، وأيا كانت ظروف ارتكابهم للجريمة ، ولا يؤثر في سريان مبدأ التقادم كون الجاني قد انتفع بثمرة جريمته أو لم يقم بإصلاح الضرر الذي ترتب عليها ، أو ارتكب جريمة أخرى خلال المدة المحددة للتقادم . فكل هذه الظروف لا تحول دون الاستفادة من التقـادم متى توافرت مدته ومقتضاه ، ولا عبرة بما

(١) انظر الكلام عن تقادم التعزير ص ٤١٩ : ٤٢٢ .

(٢) انظر رأي ابن أبي ليلى وزفر ص ٤٠٧ ، ورأي الشيخين ص ٣٨٤ .

إذا كان المتهم غائبا عن إقليم الدولة أو باقيا فيها[1] ، كما يستوي أن يكون المتهم قد لبى نداء القضـاء أو التفت عنه ، فكل هـذه الظروف وغيرهـا لا تؤثر في وجوب انقضاء سلطة العقاب متى انقضت المدة المحددة في القانون .

هذا وفي ظل ثورة التصحيح وصدور الدستور المصري سنة ١٩٧١ ورد بعض الاستثناءات على عمومية التقادم ، وذلك فيمـا يخص بعض الجرائم المتعلقة بالحقوق والحريات العامة والخاصة ، فقد جاء في المادة (٥٧) من هذا الدستور بأن '' كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحيـاة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانـون جريمة لا تسـقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنهما بالتقـادم ، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء '' .

وهذا النص الدستوري رغم ما يبدو من عموميته فهو قاصرعلى الجرائم التي تقـع من الموظفين العموميين وتمس الحـرية الشخصية وحرمة الحيـاة الخاصة والحريات العامة ؛ وذلك لأن حكمة إيراده هي احتمـال أن يبقى أمر الجريمة خافيا أو يخشى الإبلاغ عنها ما دام مرتكبها في موضع السلطة ، وقد يبقـى كذلك إلى أن تنقضي الدعوى الجنائية بمضي المدة ، وتداركا لمثل هـذا الموقف كـان من المنطقي ألا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقـادم . أما لو وقعت الجرائم من المواطنين من غير المذكورين فإن الإبلاغ عنها ومباشرة الإجراءات الجنائية لا يعوقهـا عائق ، ومن ثم تنتفي الحكمة من منع انقضاء الدعوى الجنائية عنها .

وتطبيقا للمادة (٥٧) السابقة صدر القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢م الذي أضاف للمادة (١٥) من قانـون الإجراءات الجنـائية ما يأتي : '' الجـرائم المنصوص عليها في المواد ١١٧ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ٢٨٢ ، ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر (أ) من قانون العقوبات ، والتي تقع بعـد تاريخ العمل بهـذا القانون فلا

(١) راجع الاستثناء أو التعديل الوارد في هذا ص ٨٢ .

تنقضي الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضي المدة ''.والجرائم المشار إليها هي:

ـ م ١١٧ عقوبات : '' يعاقب بالأشـغال الشاقة المؤقتة كـل موظف عمومي استخدم عمالا في عمـل للدولة أو لإحدى الهيئات العـامة سخرة ، أو احتجز بغير مبرر أجورهم كلها أو بعضها '' .

ـ م ١٢٦ عقوبات : '' كـل موظف أو مستخدم أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر . وإذا مات المجني عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدا ''.

ـ م ١٢٧ عقوبات : '' كل موظف عمومي وكل شخص مكلف بخدمة عمومية أمر بعقاب المحكوم عليه أو عاقبه بنفسه بأشد من العقوبة المحكوم بها عليه قانونا أو بعقوبة لم يحكم بها عليه يجازى بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا ، ويجوز أن يحكم عليه أيضا مع هذه العقوبة بالعزل '' .

ـ م ٢٨٢ عقوبات : '' إذا حصل القبض في الحالة المبينة بالمادة ٢٨٠ من شخص تزيا بدون وجـه حق بزي مستخدمي الحكومة ، أو اتصف بصفة كاذبة ، أو أبرز أمرا مزورا مدعيا صدوره من طرف الحكومة يعاقب بالسجن ، ويحكم في جميع الأحوال بالأشغال الشـاقة المؤقتة على من قبض على شخص بدون وجه حق ، وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية '' .

ـ م ٣٠٩ مكرر ، م ٣٠٩ مكرر(أ) عقوبات : وهما يخصان عقاب من يعتدي على الحياة الخاصة للمواطن ، سواء باستراق السمع أو التسجيل أو نقل الأحاديث التي تجري في مكان خاص ، أو بالتقاط أو نقـل صورة شخص في مكان خاص ، كذا وتوقيع العقاب على حيـازة أو إذاعة أو تسهيل إذاعـة أو استعمال مثل هذه التسجيلات ، وتشدد العقوبة إذا وقعت من موظف عام اعتمادا على سلطة وظيفته .

فهذه الجرائم استثناها المشرع من أحكام تقادم الدعوى الجنائية ، يضاف لذلك أن قانون الأحكام العسكرية لسنة١٩٦٦م قد استثنى من أحكام التقادم جرائم الهروب والفتنة ، فقـد نصت المادة (٦٥) منه على أن هـذه الجرائم لا تتقادم الدعوى الجنائية فيها بمضي المدة[(١)] .

يتضح مما سبق اختلاف القانون عن الفقـه الإسلامي في تحديد الجرائم التي لا تسقط بالتقادم ، فالقانون لم يعنه كثيرا حق الفرد ومدى عدم تأثير مرور الزمن عليه ، ولذا فقـد جاءت دائرة التقادم فيه أوسع من الفقه الإسلامي ، وما أورده القانون من استثناءات 'عدا جريمة الهروب من الخدمة العسكرية والفتنة' لم يكن إلا وليد ثورة التصحيح ، فهذه الاستثناءات ما هي في حقيقتها إلا خدمة لمبادئ الثورة وقطع ذيول مراكز القوى أكثر من أن تكون تشريعا عاما عاريا عن أية تأثيرات ؛ وإلا فإن جريمة القتل مثلا تعد أشد ضررا من الاعتداء على الحريات الخاصة ، ورغم هذا فإنها تسقط بالتقادم .

يضاف لهذا أن القانون لم يفرق بين وسائل إثبات الجريمة ؛ حيث يسري التقادم على جميعها ، إقرارا كان أو شهادة أو غير ذلك . أما الفقه الإسلامي فقد عمد إلى تقادم ما يصيبه الوهن بمرور الزمن من هذه الوسائل ، ولذا فقد جاءت الشهادة أكثر ارتباطا بأحكام التقادم من غيرها .

---

(١) انظـر فيما سبق كله :
- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم   ص ٩٢ .
- تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح جاد ، ص ٦٣ .
- مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ص ١٤١ .
- مبادئ الإجراءات الجنائية ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ١٧٢ .
- في أصول الإجراءات الجنائية ص ١٥٢ .

الفصل الخامس

مـدة التقـــادم

انتهى متأخرو الحنفية ـ بناء على أمر ولي الأمر ـ إلى تحديدها بخمس عشرة سنة ، وأن دعوى الأراضي الأميرية تسمع حتى عشر سنين فقط ؛ نظرا لعدم خفـاء التصرف الواقع بها ، فلو '' تصرف أحد في مزرعة في الأراضي الأميرية عشر سنوات في مواجهة آخر ، وسكت ذلك الآخر تلك المدة بلا عذر، فأقام الدعوى قائلا: إن تلك المزرعة هي بتصرفي بموجب سند طابو قبل السنين المذكورة ، وأنكر المدعى عليه ، فلا تسمع دعواه ''[1] .

وقد يظن أن الحنفية اقتصروا في التقادم على هذه المدة الطويلة ، بيد أننا نجدهم يقللون المدة في حيازة الملك الخاص ، فقد ردوا دعوى المالك ممن يطلع على غيره وهو يتصرف في المحوز تصرف الملاك ، ولم يشترطوا لذلك مرور خمس عشرة سنة أو حتى عشر سنوات، بل جعلوا السنوات القليلة كالثلاث مانعا من الدعوى ، ولم يشترطوا في المنع أيضا بهذه المدة القليلة عملا من أعمال التفويت[2] .

أما إذا حضـر المدعي المجلس الذي تم فيه التصرف بالمحوز بعمل من أعمال التفويت كالبيع ، فقد ذكرالحنفية أن هذا المدعي إذا كان قريبا أو زوجا للمدعى عليه ، فإن دعواه ترد ، دون انتظار مدة يطلع فيها على تصرف الحائز المشتري في المحوز . أما إذا كان أجنبيا فقـد اشترطوا في رد دعواه أن يطلع

---

(١) درر الحكام ٣٠٤/٤ . هذا وقد سبقت الإشارة ص ٩٢ إلى ترجيح رأي المالكية بعدم تقـادم الدعوى العائدة لأصـل الوقف ، على رأي الحنفيـة الذي يرى تقادمها بثلاث أو ست وثلاثين سنة. كما أن الحنفية أنفسهم اختلفوا في مدة سماع دعوى الإرث ، هـل تلحق بالأصل العـام ـ خمـس عشرة سنة ـ أم تستثنى من ذلك ؟ . ابن عابدين ٣٤٣/٤ ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقـادم ص ٢٠٢ . كما تجدر الإشارة إلى أن المجلة قد حددت مدة دعوى الإرث بخمس عشرة سنة ، المادة ١٦٦٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ ، ٤٧٣/٥ وبرغم هذا فقد نصت المجلة على سقوط دعوى العقار الملك بعد خمس عشرة سنة . انظر المادة ١٦٦٠ أيضا .

ـ بجانب حضوره مجلس التفويت ـ على الحائز المشتري وهـو يتصرف في المحوز ولو بغير أعمال التفويت ، كالزرع أو البنـاء أو السكنى أو غير ذلك . أي أن دعوى الأجنبي تقبل بعد مجلس التفويت ، ما لم تنقض مدة قليلة ـ غير محددة ـ يطلع خلالها على تصرف الحائز المشتري بالمحوز .

يقول الرملي في التفرقة بين القريب والأجنبي : " الذي ظهر لي في الفرق: أن الأطماع الفاسدة في القريب أغلب ، فمظنة التلبيس فيه أرجح ، ولذلك غلب في الأقرباء ، خصوصا في دعوى الإرث لسهولة إثباته . بخلاف الأجنبي فإن طمعه في مال من هو أجنبي عنـه نادر ، فلا بد من مرجح يرجح جهـة التزوير ، وهي أن يتصرف فيه المشتري زمانا "[1] .

ولكن لا يسلم للرملي فيما ذكره؛ لأن اللبس في علاقة الملك بين الأقرباء يحتاج مدة لنفيه ، وهذا ما دفع بعض الحنفية لاستثناء دعوى الإرث من الرد ، كما أنه يمكن للمدعي أن يدعي مثلا بأنه لم يحتج في مجلس التفويت خشية فساد العلاقة الأدبية ، وقد يدعي أيضا بأنه اعترض وادعى ملك الأرض عقيب علمه بأن قريبه البائع لن يعطيه شيئا من ثمنها،فكيف ترد دعواه بانتهاء مجلس البيع؟.

هذا في حق المدعي القريب ، أما الأجنبي فإن الحنفية أنفسهم ذكروا أن من يطلع على من يتصرف بالمحوز تصرف الملاك ، دون أن يسبق بعمل من أعمال التفويت ، فإن دعواه ترد بعـد المدة القصيرة من التصرف كالسنوات الثلاث . فإذا كانت دعـواه ترد بسبب اطلاعه على التصرف ـ المدة القليلة ـ دون بيع مثلا ، فكيف لا ترد إذا حضر مجلس بيع ملكه ولم يعترض ، دون أن يكون له عذر في سـكوته ؟!. أي إذا كان له ـ وهو ما لا يقبـل منه ـ أن يعترض في الحـال الأولى ، بأنه كـان يظن أن تصرف الحـائز في المحوز تصرف الملاك لا يمنعه من مباشرة ملكه وقتما يشاء ، فأنى له أن يعترض بهذه الشبهة في الحال الأخرى وهو يشاهد بعينه بيع ماله ؟! .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤٧٤/٥ .

على أية حال ، فإنه ينبغي أن ترد دعوى المالك بانتهاء مجلس التفويت ، سواء أكان المدعي قريبا أم أجنبيا ، طالما أنه حضر المجلس ولم يعترض على ما يتم فيه ، ولم يكـن له عذر في سكوته . ولا يسلم بأن حرص المدعي على عدم فساد العلاقة بينه وبين قريبه ، يعد سببا لسكوته أو لوقف مدة التقادم ، ومن ثم قبول دعواه ؛ ذلك أن المدعي إذا كان له أن يتذرع بخشية فسـاد العلاقة في الحيازة التي لا تشتمل على أعمال التفويت ، الأمر الذي تطول معه مدة التقادم أو تقف ، فهذا يرجع إلى أنه يعلم أن المحوز لن يخـرج عن ملكه بهذه الحيازة التي لا تفوت عليه ملكه ، أي أنه أراد أن يجمع بين عدم فساد العلاقة والاحتفاظ بملكه الذي سوف تئول إليه حيازته بعد ، وهذا ما لا يصح افتراضه في مجلس التفويت .

هذا بجانب أن سكوته يعد رضا وإقرارا سكوتيا بصحة البيع مثلا ، وبأنه لم يكن له حق في المحوز . كمـا أنه لا يقبل أن يتحمل المشتري وحـده تبعة مجاملة المدعي قريبه البائع ، ويعفى منها المدعي نفسه .

ولو أننا قبلنا دعوى المدعي الذي حضر مجلس التفويت ، ولم يكـن له عذر في سكوته سوى خشية فسـاد العلاقة بينه وبين قريبه البائع ، أو أن هـذا القريب غشه فلم يعطه ثمن المبيع ، لفتحنا بذلك الباب واسـعا للاحتيال ونصب الشراك للمشتري ، كأن يختفي البائع فلا يستطيع المشتري استرداد ثمن المبيع ، أو أن يتهم كل من المدعي والبائع المشتري بالسرقة واختلاق وتزويرعقد البيع ـ لو كان بيده عقد ـ ، أو غير ذلك من حيل .

وفي هذا يقـول الإمام مالك : '' كل مال بيع أو تصدق به ، وصاحبه حاضر ينظـر ، حتى بيع أو تصدق به ، ثم أراد الدعوى فيه بعـد ذلك ، فليس ذلك له ؛ لأنه مكر وخديعة ، إذا كان بالبلد غير مقهور ''[1] .

---

(١) حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم للتاودي ٧١/٢ ، دار الفكـر ، الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ ـ / ١٩٥٠م .

وفي هذا أيضـا يقول صاحب تحفة الحكـام :

١	ـ وحاضر بيـ ـع عليـ ـه مالـه	بمجلس فيه السـ ـكوت حالـ ـه
٢	ـ يلـ زم ذا البيـع . وإن أقر من	باع لـه بالملك أعطي الثمـ ـن
٣	ـ وإن يكـ ن وقت البيع بائعـ ـه	لنفسـ ـه ادعاه وهو سـ ـامعه
٤	ـ فمـا له إن قـام أي حيـ ـن	في ثمـ ـن حق ولا مثمـ ـون
٥	ـ وغائب يبلغـ ـه ما عمـ ـله	وقام بعـ ـد مدة لا شـ ـيء له
٦	ـ وغير من في عقدة البيع حضر	وبالمبيـع بائـ ـع له أقـ ـ ـر
٧	ـ وقام بالفـ ـور فذا التخيير فـي	إمضائه البيـع أو الفسـخ اقتفي
٨	ـ وإن يقم من بعد أن مضى زمـن	فالبيـع ماض وله أخذ الثمـ ـن
٩	ـ إن كـان عالمـا بفعـل البـائع	وسـاكتا من غير عـذر مانـع
١٠	ـ وحاضـر لواهـب من مالـ ـه	ولم يغيـر ما رأى من حالـ ـه
١١	ـ الحكم منعه من القيـام بانقـضا	مجلسه ؛ إذ صمته عين الرضـا
١٢	ـ والعتـق مطلقـا على السـواء	مع هبـ ـة والوطء للإمـ ـاء[١]

ففي البيت الأول وبداية الثاني ، يذكر ابن عاصم أن من يحضر[٢] مجلسا يبـاع فيه ماله ، ولم ينكر هذا البيع وظل سـاكتا ، فالبيع يصبح لازما ، بحيث لا يستطيع رده بعد ذلك . وأما بقية البيت الثاني ، وكذا الأبيات السادس والسابع والثامن والتاسع، ففيها بيان الأثر الناتج من إقرار البائع بحق المالك، وهذا الأمر لا يتبع التقادم ؛ حيث يشترط في التقادم إنكار الخصم حق المدعي .

ثم يذكر في البيت الثالث والرابع ، أن هذا الحاضر إذا كان يسمع البائع وهو ينسب البيع لنفسـه ، فما لهذا الحاضر بعـد ذلك الحق في ثمن المبيع ولا استرجاع المبيع نفسه .

(١) التحفة ، فصل : في بيع الفضولي .

(٢) أجنبيا كان ، أو قريبا ، أو شريكا بيع أمامه كل المال . البهجة ٦٨/٢ .

وفي البيت الخامس يبين حكم الغائب عن المجلس ، ولكن يبلغه بيع ماله فيه ، فلم يعترض على ذلك إلا بعد مدة ، ولم يكن له عذر في هذا التأخير ، فإنه بهذا لا يستطيع رد المبيع ولا الحصول على ثمنه . ويمكن تحديد المدة في هذا البيت بما يتعارف عليه الناس ، وما تمليه شواهد الحال ، بحيث يمكن أن يترك لولي الأمر تحديدها .

وفي البيت العاشـر والحادي عشـر يوضح حكم الهبة ، فيذكر أن من يحضر مجلسا يوهب فيه ماله ويسكت على هذا حتى انقضاء المجلس ، دون أن يكون له عذر في هذا السكوت ، فليس له المطالبة بماله فور انتهاء المجلس ؛ إذ يعد سكوته إقرارا ورضا بهذا التصرف .

وفي البيت الأخير يسوي بين العتق ـ المنجز أو المؤجل ـ وبين الهبة والتصريح بملك الإمـاء ووطئها ، فليس لمدعي ملك الرقيق القيام بعـد انتهاء المجلس بطلب ما يراه حقا له .

وعلى الرغم من وضوح معنى هذه الأبيـات ، فإن التسولي حملها على معنى آخر ، يوافق به قـول ابن رشد في هذا الأمر ، يقـول ابن رشد : '' لا اختلاف في أن الحيازة تكون بين أهـل الميراث بالتفويت ، من البيع والهبـة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير ، وما أشـبه ذلك من الوطء الذي لا يصح للرجل أن يفعله إلا فيما خاص من ماله ، وإن لم تطل المدة ، هو أمر متفق عليه في الجملة ، ويفترق الحكم فيـه على التفصيل ؛ إذ لا يخلو من أن يكـون فوت بذلك كله ، الكل أو الأكثر أو الأقل أو النصف وما قاربه .

فأما إذا فوت الكل بالبيع ، فإن كان المحوز عليه حاضر الصفقة ، فسكت حتى انقضى المجلس ، لزمه البيع في حصته ، وكان له الثمن . وإن سكت بعد انقضاء المجلس ، حتى مضى العام ونحوه ، استحق البائع الثمن بالحيازة ، مع يمينه أنه انفرد بالوجه الذي يذكره من ابتياع أو مقاسمة أو ما أشبه ذلك .

وإن لم يعلم بالبيع إلا عند وقوعه ، فقام حين علم ، أخذ حقـه . وإن لم يعلم إلا بعـد العام ونحوه ، لم يكـن له إلا الثمن . وإن لم يقم حتى مضت مدة

الحيازة لم يكن له شيء ، واستحقه الحائز بما ادعاه ، بدليل حيازته إياه .

وأما إن فوته بالهبة أو الصدقة[1] أو التدبير أو العتق ، فإن كان حاضرا فسكت حتى انقضى المجلس ، لم يكن له شيء . وإن لم يكن حاضرا فقام حين علم كان على حقه ، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه ، كان القول قول الحائز ، ولم[2] يكن له هو شيء ..... ''[3] .

أعود فأذكر أن التسولي حمل نظم ابن عاصم السابق على كلام ابن رشد هذا، دون أن يكون له دليل على هذا التوجيه ، يقول معلقا على قول ابن عاصم:

وإن يكن وقت البيع بائعه   لنفسه ادعاه وهو سامعه

فما له إن قـام أي حـين   في ثمن حق ولا مثمون

وغائب يبلغـه ما عملـه   وقام بعد مدة لا شيء له

يقول : '' (لنفسه ادعاه) ولم يقر به للمالك ، بل قال أنا أبيع مالي وملكي (وهو) أي المالك (سامعه) حين كان يقول ذلك ، ومع ذلك سكت فلم يغير ولم ينكر حتى انقضى المجلس وتم البيع ، فإن قام قبل السنة وأثبت أنه ملكه، والبائع لا زال على إنكاره ولكنه لم يجد مطعنا فيمـا أثبته المالك ، فيقضى على البائع بدفع الثمن للمالك ، ولا ينقض البيع ؛ لأنه بسكوته لزمه .

وأما إن قام بعد السنة من يوم البيع فهو قوله (فما له إن قام أي حين) أي بعد حين ، وهو السنة (في ثمن حق ولا مثمون) هذا ما يفيده كلام ابن رشـد المنقول في الحطـاب ، ونصه : قال ابن رشد : إن كان حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيـع ، وكـان له الثمن . وإن سكت بعد انقضـاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه . اهـ . زاد المواق عنه في آخر الشهادات : مع يمينه أنه انفرد به بالوجه الذي يذكره من ابتياع أو مقاسمة وما أشبه ذلك . اهـ .

---

(١) في الأصل : الصفقة . والصواب ما جاء أعلاه .

(٢) في الأصل : وإن لم . والمناسب ما جاء أعلاه .

(٣) البيان والتحصيل ١١/١٤٨ ، ١٤٩ .

ومعنى كلامه أنه كان ينكره ، ولكن أثبت الملك بعـد سكوته أنه ملكه ، ولم يجد البائع مطعنا فيه ، ولكن ادعى أنه صار إليه بابتياع أو مقاسمة أو هبة ونحوه ، فالبيع لازم بسكوته ، وله الثمن إن قام قبل السنة لا بعدها .

وبه يسقط إشكال التاودي الذي أشار له في حاشيته على الزرقاني ، من أنه إذا كان البائع يدعي ملكه ، فلا وجه للتقييد بالسـنة ؛ إذ القول قوله ـ ولو داخلها ـ لحوزه وتصرفه وإن كـان مقرا بأنه ملك لغيره ، فالثمن له ولو بعد سنين .

وجوابه هو ما تقدم من أنه كان ينكره ، لكنه لما اتصل سكوته من ابتداء البيع إلى تمام السنة ، تقوى جانب البائع ، وصدق في الوجه الذي يذكره ، ولم تعتبر بينة المالك ، بخلاف ما إذا لم يتصل سكوته وقام بالفور ، فلو أبدل الناظم (أي) بـ(بعد) لكان أحسن ''[1] .

من كل ما سبق يمكن تقسيم المسألة إلى قسمين ، أولهما حكم من يحضر مجلسا يرى فيه تفويت ماله ، والآخر من غاب عن هذا المجلس .

ففي القسـم الأول لم يختلف أحد في أن هذا الحاضر، إذا اعترض خلال المجلس على ما يفعله الحائز من تفويت المال، أن البيع أو الهبة أو ما شابه ذلك لا يتم حتى يفصل في الأمر .

أما إذا سكت حتى انقضى المجلس ثم اعترض بعد ذلك ، فقد ذهب الإمام مالك ومن تبعه ـ كابن عاصم والتاودي ـ إلى أنه ليس له حق فيمـا يدعيه ، وأن البيـع مثلا لازم للمشتري ، وثمنه يستحقه الحائز البائع ، وقد عبر الإمام مالك عن فعـل المدعي بالمكر والخديعة ، طالمـا أنه لم يكـن له عذر في سكوته أثناء المجلس .

---

(١) البهجـة ٦٨/٢ ، ٦٩ .

أما ابن رشد ـ ومن وافقه كالتسولي ـ فقد ذهب إلى عدم لزوم البيع إذا اعترض أثناء المجلس ، ولزومه بانقضائه وسكوته ، ثم جعل له رد ثمن المبيع قبل مضي عام من يوم البيع، حتى لو لم يكن له عذر في سكوته وعدم اعتراضه على الحائز البائع أثناء المجلس ، ودليل ابن رشد في هذا هو ما يؤخذ من قول التسولي خلال رده على التاودي أثناء كلامه السابق ، من أن جانب صدق هذا الحاضر وبينته يكون قويا خلال عام ، أما بعد العام فجانب الحائز البائع يكون أقوى فيستقر له الثمن .

ويمكن ترجيح رأي الإمام مالك على رأي ابن رشـد هنا ؛ لأن سكوت المدعي أثناء المجلس دون عذر ، ثم اعتراضه بعد ذلك مع عدم تقديمه تفسيرا لسكوته أثناء المجلس ، يعـد طعنا في عدالته وبينته ، فقد جرت العادة على ألا يسكت المالك على بيع ملكه أمامه ولا يتكلم ، أو يسكت عن المطالبة بالثمن من البائع عقيب البيع . ثم ما دام ابن رشـد يقول بلزوم البيع بالسكوت ، فكان من المناسب إقرار الثمن للبائع بالسكوت أيضا دون عذر . ثم لماذا تحديد المدة بعام، أليس في مرور ستة أشهر مثلا معنى مواز لمعنى مرور العام ؟!. كما أن الأخذ برأي ابن رشد سيفتح باب الاحتيال ، الأمر الذي يؤكد الأخذ برأي الإمام مالك ، خاصة في زماننا هذا .

هذا عمن يحضر بيـع ماله ، أما من يحضر هبته أو التصدق به أو ما شابه ذلك ، فإن رأي الإمام مالك لا يختلف عما قاله في البيـع ، وقد جاء رأي ابن رشد موافقا لهذا أيضا .

هذا عن القسـم الأول من المسألة ، أما القسـم الآخر فهو يخص من لم يحضر المجلس ولكن يبلغه ما تم فيه ، وقد قال ابن عاصم في هذا القسم :

وغائب يبلغـه ما عملـه   وقام بعـد مدة لا شيء له

فهذا البيت وإن ورد في سياق البيع ، فإن حكمه ينطبق بأولى على الهبة والصدقة وما شـابه ذلك ، وفي ضوء ما ذكره ابن عاصم فيمن حضر مجلسا

يفوت فيه ماله ـ بيعا كان أو هبة مثلا ـ وسكت دون عذر ، يمكن تحديد المدة الواردة في البيت ـ بما سبق ذكره ـ بما يتعارف عليـه الناس ، وما تمليـه شواهد الحال .

وقد ذهب ابن رشد ـ حسب ما وقفت عليه من نقل مصادر الفقه المالكي كلامه ـ إلى أن الغائب إذا بلغه بيع ماله ، فقام حين علم أخذ حقه ، كما يكون له الثمن حتى مرور العام ونحوه ، وليس له شيء بمرور مدة الحيازة .

وعلى الرغم من أن التسـولي قد وافق ابن رشـد في حكم من حضـر المجلس ، فإنه بدا مخالفا له هنا ، حيث لم يشترط العـام لأخذ الثمن ، فقد علق على قول ابن رشد (حين علم) بقوله: '' أي بفور علمه قبل مضي مدة تدل على رضاه بالبيع، وإلا فليس له الثمن ولو قام قبل السنة ''[1]. ولكن ما دام التسولي جعل مدار حكمه هنـا على مرور مدة تدل على رضا المدعي بالبيع ، الأمر الذي يرد دعواه بالمطالبة بثمن المبيـع ، كان أولى به أن يسحب هـذا الحكم على من حضر المجلس وسـكت دون عذر ، بحيث لا يظل له الحق في الثمن حتى مرور عام .

كما نفى التسولي أن تكون مدة الحيازة الواردة في كلام ابن رشد عشر سنين ، يقول : '' الظاهر أن المراد بها ما زاد على العام ونحوه زيادة لها بال ، تدل على صدق البائع وكذبه هو في دعواه ، لا أنهـا لعشر سنين ؛ وإلا حصل التدافع والتعارض في كلامه كما لا يخفى ، لأنه إذا كان المراد بها العشر ، فلا معنى لتحديد كون الثمن له بالعام ونحوه ''[2] .

وحتى لو أخذنا بتفسير التسـولي هذا ، فإنه لا يرفع التعارض في كلام ابن رشد ؛ لأن المدعي إذا كان له الثمن بالعام ونحوه ، فما يفهم من هذا هو أنه بعد العـام ونحوه لا يكون له الحق في الثمن ، حتى لو لم يبلغ المدة التي تنبئ بكذبه وصدق البائع ـ وهي مدة الحيازة في رأي التسولي ـ ، والسؤال هو ماذا

---

(١) البهجـة ٦٩/٢ .

(٢) السـابق : الموضع نفسه .

سيفقد المدعي ببلوغه مدة الحيازة هذه إذا كان لا يحق له المطالبة بالثمن بالعام ونحوه ؟. أي يظل اعتراض التسولي نفسه قائما: '' فلا معنى لتحديد كون الثمن له بالعام ونحوه '' .

وهذا الاضطراب في فهم كلام ابن رشـد ، إنما يرجع إلى الاختلاف في نقل عبارته عما هي مثبتة في كتابه (البيان والتحصيل) ، ونص كلامه في البيان هو '' ...... وإن لم يعلم بالبيع إلا عند وقوعه ، فقام حين علم أخذ حقه ، وإن لم يعلم إلا بعـد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن ، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء ، واستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه ''[1] .

وما جـاء في مصادر الفقـه المالكي مما وقفت عليه ـ ومنها بهجـة التسولي ـ هو تغييرالفعل **يعـلم** الثاني ، حيث جاء الفعل **يقـم** بدلا منه، بحيث صارت العبارة عندهم (وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه ، لم يكن له إلا الثمن)، أو ما في معناها مثل (وإن سكت العام ونحوه) . ويبدو أن هـذا الاختلاف في النقـل عنه ، يرجع إلى قياسهم الحكم هنا على ما قاله في حكم حاضر المجلس، فقد جعل سكوته العام سببا لفقد الثمن كما سبق أن ذكرنا .

ولو أننا أخذنا كلام ابن رشـد كما ورد في بيانه ، لما كان للاعتراض السابق محل ، بيد أنه سيطل علينا اعتراض آخر ، وهو أن المدعي إذا لم يعلم ببيع ماله إلا بعد العام ونحوه ، فإنه ينبغي أن يكون له الحق في استرداد المبيع أو أخذ ثمنه إذا أجازه ، ولا يقتصر الأمر على الحق في ثمن المبيع فحسب ؛ إذ لا ذنب له في السكوت لعدم علمه . ولكن يمكن دفع هذا التعارض بأن يفترض أن ابن رشد لم ينظر إلى هذا المدعي فحسب ، وإنما نظر أيضا لحال المشتري، إذ لا ذنب له أيضـا ، فقد يستحيل مع مرور العـام رد ما اشتراه ، أو يقع في حرج شديد ، أو غير ذلك مما يتنافى مع مقصود تشريع البيع .

---

(١) البيان والتحصيل ١٤٨/١١ .

هذا عمن لم يحضر مجلس البيع ، أما إذا كـان مجلس هبة أو صدقة أو ما شابه ذلك ، فقد ذهب ابن رشد إلى أنه إذا قام حين علم أخذ حقه ، وإذا سكت العام ونحوه لم يكن له شيء . وقد خالفه التسولي أيضـا في ذلك بما ذكره في البيع ، من أنه لا يشترط انتظار العام ونحوه كي يسقط حقه ، وإنما بمضي مدة تدل على رضاه بالتصرف[1] . هذا ، ولا يخفى عدم صواب رأي ابن رشد أيضا في هذا القسم ـ بفرعيه ـ من المسألة .

وما سبق يمثل أقصى تصرف في المحوز ، وهو تفويتـه ، الأمر الذي لزم عنه أقصر مدة لقبول الدعوى، ومعنى هذا أن مدة التقادم إنما ترتبط ارتباطا وثيقـا بنوع التصرف ، وطبيعة المحوز من حيث كونه منقولا أوغير منقول ، وكذلك نوع العلاقة بين الحائز والمحوز عليه ودرجة التسامح بينهما .

هذا وإذا كان أقصر مدة للتقـادم هو تفويت المحوز ، فإن عكس ذلك هو ألا تكون الحيازة من قبيل أعمال التسامح ولو مر عليها الدهر الطويل ، أي يعلم من حـال المحوز عليه أنه ما ترك الحـائز يتعدى على ملكه إلا على وجـه المسامحة ، من ذلك ما ذكـره الرهوني في الغني الذي جرت عادته على ترك الناس في ملكه ، يقـول : '' في نوازل الشريف ما نصه : وسـئل أبو زكريا سيدي يحيى السـراج ، عن أناس لهم أملاك عديدة ببلاد شتى وبكـل موطن ، وجرت عادتهم مع النـاس أنهم يتفضلون معهم في أملاكهم بالبنـاء والحرث والغراسة وغير ذلك من أنواع العمارة ، وذلك كله على وجه الفضل ؛ لكثرة ذمتهم وغناهم وعلو همتهم ومحاسنتهم مع الناس ، ثم إن بعض الساكنين أنكروا الفضل والإحسان والخير ، وأرادوا بزعمهم أن يمتازوا ببعض الأملاك بسبب العمارة ، وينسبونها لأنفسهم من غير أن تقوم بينة على ذلك ، فهل ـ سيدي ـ تجوز العمارة على أصحاب الأملاك ، أو لا تجوز على الوجه المذكور ، إلا إذا قامت بينة عادلة بانتقال الأملاك ببيع أو هبة أو صدقة ؟.

---

(١) البهجة ٧١/٢ مع مراعاة تصحيح الخطأ المطبعي الوارد بالموضع المذكور في قوله "وقـولي حين علم إلخ" وصوابه "وقوله حين علم إلخ" . هذا ، ولم يعرض البحث رأي الشافعية والحنابلة فـي المسألة ؛ لأنهم لا يجيزون تصرف الفضولي أساسا .

فأجاب : الجواب ـ وا الموفق للصواب ـ أنها لا تجوز على الوجـه المذكور ، إلا إذا قامت بينـة مقبولة بانتقال ملك الأملاك ، إما ببيع أو هبـة أو صدقة ، وأما مجرد العمارة العارية عن ذلك فلغو ولا عبرة بهـا ولا معول عليها. وكتب يحيى بن محمد السراج . انتهى منهـا بلفظها ، وكان شيخنا محمد الجنوي يسلم هذا الفقه ، ويقول إنه منصوص عليه قبل السـراج ، وهو ظاهر ، وا أعلم ''[1] .

ويمكن تشبيه هـذا الشرط بمـا يعرف في القانون بأعمـال الرخص والمسامحة ، فقـد نصت الفقرة الأولى من المـادة (٩٤٩ مدني) على أنه '' لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح '' .

هذا وتجدر الإشـارة إلى أن السنين العشر هي أصـل مدة الحيازة عند المالكية ، وهي حيازة الأجنبي غير الشريك ، ومن الأدلة التي ذكرها بعضهم في ذلك ، هـو أن المولى سبحانه لما أمر نبيه صلى ا عليه وسلم بالقتال بعد عشر سنين ، كان ذلك أبلغ شيء في الإعذار[2] . وقد أيد الدكتور عبد الجواد هذا القول ، وذكر أن الحيازة تقاس عليه فتحد بعشر كذلك[3] .

ولو سلمنا أن الإذن بالقتال جاء بعد عشر سنين ، فإن هذا القياس فيه من الفوارق ما فيه ، من ذلك أن هنـاك مددا أخرى للحيـازة تزيد على العشـر ـ كحيازة الأقارب ـ أو تقل ـ كحيازة المنقولات ـ ، كما أن الإذن بالقتال لم يكن لأجل الإعذار ، حيث لم يخاطب المشركون بأنهم سيقاتلون بعد عشر ، كما جاء الإذن بعد أن قويت شوكة المسلمين ، أي كان لهم العذر في عدم القتال قبل ذلك ، فالعذر لم يوقف السنين العشـر ولكنه يوقفهـا في الحيازة ، ثم لو كـان

---

(١) حاشية الرهوني ٥١٢/٧ وانظر أيضا حاشية كنون ٥٠٩/٧ .

(٢) مواهب الجليل ٢٢٤/٦ .

(٣) الحيازة والتقادم بند ١٨٣ ، ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

انتظار العشر للإعذار ، لانتظارها النبي صلى ا عليه وسلم في قتاله ضد غير مشركي مكة ، كما أن النبي صلى ا عليه وسلم وأصحابه لم يكفوا عن دعوة المشركين للإسلام ، وهـذا ما يتعين نفيه في الحيازة ، حيث يجب على المحوز عليه ألا يدعي على الحائز خلال المدة حتى تحسب عليه السنون العشـر ، إلى غير ذلك من فوارق تمنع قيـاس تحديد العشر في الحيازة على الإذن بالقتـال وأحكام العقيدة والجهاد .

ومن كل ما سبق يمكن القول بأن مدد التقادم ليسـت ملازمة لكل زمان ومكان ؛ إذ إن للأعراف والعوائد وقرائن الأحوال نصيبا كبيرا منها ، ولذا يمكن ترجيح رأي الإمام مالك بترك تحديدها لولي الأمر، وذلك بما يراه مناسبا لزمانه ومكانه ، وهذا ما يجب العمل به اليـوم ؛ فقد تفرعت بنا شئون الحيـاة وزادت تخصصاتها ، بما أدى إلى تنوع قوانينها المنظمة لها، ومن ثم اختلاف أحكامها، والتي منها تحديد مدة التقادم في كل منها[1] .

---

(١) لم يتعرض هـذا الفصل لبيـان مدد تقادم الجرائم والعقوبات ؛ نظرا لارتباطها الشديد بسـائر أحكامه ، وسوف يأتي استعراضها في الفصل الثالث من الباب القادم ، محل دراسة تقـادم الجـرائم والعقوبات .

الفصل السادس

وقـف التقـــادم

المبحث الأول   تعريف وقـف التقـادم

المبحث الثاني   أسباب وقـف التقـادم

المبحث الثالث   أثــر وقـف التقــادم

المبحث الأول

تعريف وقف التقــادم

ذكر الفقهاء أنه قد يطرأ على صاحب الحق في الدعوى عذر ما خلال فترة أو فترات زمنية محددة داخل مدة التقادم ، بحيث يسقط حساب فترة العذر من مجموع مدة التقادم ، وهذا هو ما يعرف بوقف التقادم[1] .

ولا يلزم أن يعرض سبب الوقف في وسط المدة أو نهايتها ، فقد يعرض في بدايتها ، بحيث لا يسبق فترة الوقف ما يضاف إلى ما بعدها .

وقد عرف الدكتور حـامد عبد الرحمن وقف مضي المدة بأنه **'' عدم سريانها فترة من الزمن ؛ لوجـود عذر أثناءهـا ، يمنع المدعي من رفـع الدعوى ''**[2] .

ويمكن القول بأن كلمة (يمنع) في التعريف تشعر بأن المدعي لا يستطيع رفع الدعوى خلال فترة وقف التقـادم ، وهذا ليس لازما ؛ فقد يستطيع المدعي رفع الدعوى خلال فترة الوقف ، ولكـن عليه أن يتحمل توابع ذلك ، كفساد العلاقة الأدبية بين الزوج وزوجه .

ولذا فإنه يمكن إبدال قـول الدكتور حامد (لوجود عذر أثناءها ، يمنع المدعي من رفع الدعوى) بآخر، كأن يكون مثلا (لعذر لا يرفع المدعي دعواه خلاله) .

---

(١) انظر مثلا : تكملة ابن عابدين ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ ـ شرح المجلة ٩٩٠/٢ ـ البهجـة ٢٥٤/٢ ، ٢٥٥ ـ النيل وشرحه ٥١٩/١٣ ، ٥٢٠ .

(٢) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٤٨ .

المبحث الثاني
أسـباب وقف التقـادم

وافق القانون الفقه الإسلامي في عدم حصر أسباب وقف التقادم ، حيث ترك الأمر في كليهما لتقدير القاضي لما يقدم إليـه من مسوغات تأخير المدعي دعواه ، وفيما يأتي نستعرض غالب أسباب وقف التقادم[1] .

السبب الأول : عدم العلم بموضوع الحق

عـدم علم المدعي بموضوع حقـه يتصور وجوده في الحيـازة وتقادم الديون ، وقد يكون هذا الجهل بموضوع الحق سببا موقفا للتقادم وقد لا يكون .

ونبدأ بالحيازة ، حيث يمكن تقسيم عدم علم المدعي فيها إلى ما يأتي :

١ ـ عدم علمه بأن حيازة غيره تمنعه من ملكه بتقادمها برغم علمه بها .

٢ ـ عدم علمه بأن المحوز هو ملكه ، مع علمه بالحيازة .

٣ ـ عدم علمه بحيازة ملكه مع علمه بملكيته له .

أما **القسم الأول** ، فقد يأتي المدعي بعد انقضاء مدة الحيازة ، محتجا في دعواه بأنه لم يكن يعلم أن حيازة غيره لموضوع الحيازة تنقل الملك عنـه أو تصير قرينة على ملك الحائز دونه ، فهو لا ينكر علمه بالحيازة وإنما يدعي ما ذكرناه ، فهل يقبل ادعاؤه ولا يعتد بمضي المدة ؟ .

لا يقبل منه هـذا الادعاء ، يقول الدسوقي في العذر المقبول : '' المانع من التكلم الصغر والسفه ، بخلاف جهله أن الحيـازة تسقط الحق وتقطع البينة ، فإنه لا يعذر بذلك الجهل ''[2] .

---

(١) لم يقدم الحنفية والإباضية تفصيلات كافية في أسباب وقف التقـادم ، ولذا فإن غالب أحكام هذا المبحث سيكون مصدرها المذهب المالكي الذي عني بهذه التفصيلات .

(٢) حاشية الدسوقي ٢٣٤/٤ .

بيد أن الدكتورعبد الجواد لم ير هذا ، يقول : (والواقع أن هذا النوع من الجهل يدخل في دائـرة الجهل بالأحكـام الشرعية ، والقاعدة العـامة عند الأصوليين أن '' الجهل بالأحكام الشرعية لا يعد ـ بشكل عام ـ عذرا مسوغا لمخالفتها '' ، ولكـن الإمام الشافعي يقسم العلم إلى علم عامة وعلم خاصة ، ويجيز للعامة الجهل بالنوع الأخير، أو الجهل بالفروع كما يقول بعض الفقهاء .

فإذا لاحظنا أن موضوع الحيازة وأحكامه الشرعية لم يعالجه إلا فقهـاء المذهب المالكي ، فإنه يكون ـ والحال هذه ـ من علم الخاصة، أو من الفروع. وعلى ذلك يعتبر الجهل بأحكام الحيازة عذرا ، وهـذا ما نرجحه ؛ استنادا على مبالغة فقهاء المذهب المالكي في مراعاة مصلحة المحوز عليه)[١] .

ثم بدا الدكتورعبد الجواد متراجعا يسيرا في آخر كتابه عما قرره هنا ، حيث عرض الأمر في صورة دعوة للتفكير ، يقول : '' ولكن الموضوع يحتاج إلى التفكير ؛ لأن تطبيق هـذا الشرط يكاد يقضي على نظام الحيازة كله ، فكم من الناس يعلم هذا الحكم ''[٢] .

وهكذا نرى أن مبعث تشكك الدكتور عبد الجواد ، هو أن قليلا جـدا من الناس يعلم حكم الحيازة حسبما ذكر . معنى هذا أن الدكتور عبد الجواد لو جعل العلم بهذا الأمر من علم العامة لا الخاصة لما وصل إلى هـذه النتيجة . وحقيقة الأمر هي أننا بصدد علم لا يعذر أحد بجهله ، أي علم العامة لا الخاصـة ؛ إذ نحن نتحدث عن الجهـل بأن الحيازة الغاصبة تمنع المالك الحقيقي عن ملكه ، ولسنا بصدد تفصيلات وأحكام أخرى في الحيازة ، فمن يستطيع أن يدعي ـ في الفقه الإسلامي وغيره ـ أن اغتصاب حقه أمر سائغ ومشروع أولا ، ثم يسكت عنه دون عذر ثانيا ، ثم ثالثا يدعي أنه كان يجهل بموقفه هـذا أنه سوف يحرم من ملكه ؟! . فنحن إذن بصدد اغتصاب حق قبـل أي شيء آخر ، وهـذا من علم العامة وليس الخاصة .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ٨٤ ، ص ١٣٨ .

(٢) السابق بند ٣١٤ ، ص ٤٣٧ .

هذا عن القسم الأول ، أما **القسم الثاني** الخـاص بعدم علم المدعي بأن المحوز هو ملكه مع علمه بالحيازة ، فقد اشترط المالكية في الحيازة حتى تكون صحيحة أن يكون المحوز عليه على علم بأن المحوز ملكه ، وعلى علم أيضـا بوقوع الحيازة فيه ، ولا يغني العلم بأحدهما دون الآخر[1] .

ولكن إثبات علم المحوز عليه بالملك أو عدمه هل يقع على عاتق المحوز عليه نفسه أم على الحائز ؟ .

أجاب الدكتورعبد الجواد على هذا التساؤل معتمدا في جوابه على نصين لابن فرحون والحطاب ، يقول ابن فرحون : '' (تنبيه) : وهو على غير العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كان عالما في غيبته لحيازة ماله '' . ويقول الحطاب : '' وفي أول مسألة من سماع أشهب ، من كتاب الاستحقاق ، ما يدل على أنه إذا ادعى عدم العلم بالحيـازة ينفعه ذلك ويحلف ، وأنه محمول على عدم العلم . وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة (وصاحبها حاضر عالم) : ظاهر كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت[2] ، وعزاه بعض من لقيناه لابن سهل ، وهـو ظاهر التهذيب . وقيل إنه محمول على العلم حتى يتبين خلافه ، وهو قول ابن رشد . وقيل بالأول إن كان وارثا ، وبالثاني إن لم يكن . قاله في الوثائق المجموعة ، وبه القضاء عندنا . هكذا كان يتقدم لنا أنها ثلاثة أقوال . والحق أن الذي في الوثائق المجموعة إنما هو التنبيه على فرع متفق عليـه ، وهو إذا ادعى الوارث الجهل بملكية مورثه ، فإنه يقبل قوله مع يمينه ''[3] .

ولا يخفى أن هذين النصين يتضمنان العلم بالحيازة والعلم بالملكية ، وقد علق الدكتور عبد الجواد على ذلك بقوله : (لفقهاء المذهب المالكي ثلاثة أقوال في مسألة علم المحوز عليه بحيازة الحائز لماله والتصرف فيه ، بالوضع الذي

---

(١) تبصرة الحكام ٨٤/٢ ، مواهب الجليل ٢٢٣/٦ .

(٢) بأن يجد مثلا رسمه الدال على ملكه مع يمينه . البهجة في شرح التحفة ٢٥٦/٢ .

(٣) الحيازة والتقادم ص ١٢٥ . وانظر : التبصرة ٨٣/٢ ، مواهب الجليل ٢٢٣/٦ .

أفاض الفقهاء في شرحه كما ذكرنا ، ولكن الرأي الراجح فيما يبدو لنا هو الرأي الذي يحمل الحائز تبعة إثبات علم المحوز عليه بحيازة ماله ، أي بحيازة الحائز للمال ، **وبملكية المحوز عليه لهذا المال** .

ونحن نرجح هـذا الرأي ؛ لأنه الرأي الذي اختاره ابن فرحـون في " تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام " وهو مؤلف قضائي عملي موجه للحكام أي للقضاة ؛ لتوجيههم إلى الطرق الصحيحة للفصل في الدعاوى والمنازعات . كما أن هـذا الرأي يتفق مع ما وضعه فقهاء المذهب المالكي من شروط مشددة ، راعوا فيها مصلحة المحوز عليه لأبعد الحدود ، وحاولوا سـد كل ثغرة يمكن أن يستفيد منها الحائز على حساب المحوز عليه ، مما لم تصل إليه القوانين الوضعية .

أما الرأيان الآخران ، فأولهما لابن رشد ، وهو يفترض أن المحوز عليه الحاضر '' محمول على العلم حتى يتبين خلافه ''. ونحن لا نأخذ بهذا الرأي ؛ لأنه يتعارض مع الاتجاه في الفقـه المالكي الذي يحرص أشـد الحرص على حماية حقوق المحوز عليه . فلا يكون من الملائم ، والحال هذه ، إعفاء الحائز من عبء إثبـات علم المحوز عليه بحيازة ماله ، فإن ذلك ضد مصلحة هـذا الأخير ، ويكفي الحائز ترجيح بينته عند تكافئها مع بينة المحوز عليه .

والرأي الثالث والأخير يقول بأن المحوز عليه الحاضر '' محمول على عدم العلم '' بحيازة ماله إن كـان وارثا ، '' ومحمول على العلم حتى يتبيـن خلافه '' إن لم يكـن وارثا . ومع أن الوارث أقرب إلى العلم بما يرثه من غير الوارث ، إلا أن هـذا الرأي قد بني ـ فيما يبدو لنا ـ على مراعاة مصلحـة الوارث والعمل على حفظ حقـه في الميراث . كمـا أن ذلك مظهر من مظاهر الحيطـة الدقيقة التي اشتهر بهـا فقهاء المذهب المالكي في التمييز بيـن أقسام الحيازة، فيكون من المناسب ، والحال هـذه ، افتراض عدم علم الوارث بحيازة ماله حتى يثبت العكس ، لا سيما وقد يكون الحائز وارثا آخر مثلا .

ولما كـان الرأي الأول يراعي مصلحة المحوز عليه مطلقـا ، فيشمل الوارث وغير الوارث ، فإننا رجحناه على الرأيين الآخرين)[1] .

ولكن لا يسلم كلام الدكتور عبد الجواد من بعض الملحوظات :

أولا : إن ما نقله عن ابن فرحـون في النص السابق إنما هـو في علم المحوز عليه ـ الغائب ـ بالحيازة ، وليس في علمه ـ غائبا كان أو حاضرا ـ بالملكية .

ثانيا : إن ما نقله عن ابن ناجي في النص السـابق ، إنما هـو في علم المحوز عليه بالملكية ، وليس في علمه بالحيازة ، أي ينبغي أن تقتصر الأقوال الثلاثة في علم المحوز عليه بملكية ماله على قول ابن ناجي فحسب .

ثالثا : وبنـاء على أولا وثانيا ، يتبين لنا وجه الخلط والخطـأ في كلام الدكتور عبد الجواد والمتمثل في :

١ ـ ما نسبه إلى ابن فرحـون من أنه يقول ـ بجانب إسناد عبء علم المحوز عليه في غيبته بالحيـازة إلى الحائز ـ بتحميل الحائز تبعة إثبات علم المحوزعليه بالملكية ، ونص ابن فرحون السابق لم يشر من قريب أو من بعيد لهذا ، بل إننا نجد في تبصرته ما يؤخذ منه خـلاف ذلك ، يقول : '' ولا بد للمدعي على الحائز من إثبـات موت مورثه ـ إن كان يدعي أنه ورث ذلك ـ وملك مورثه له . وإن كـان يدعي أنه ملكه ، فلا بد من إثبات ملكه له قبل أن يسـأل الحائز عن شيء ''[2] . ثم إذا كـان يمكن تصور ترجيح تحميل الحائز عبء إثبات علم المحوز عليه بحيازة ماله ـ وهو ما سنناقشه بعد قليل ـ فكيف يمكن تصور تحميل الحائز عبء إثبات علم المحوز عليه بملكية ماله ؟! ، إذ كيف يقر الحائز بملكية غيره لما يحوزه ؟! .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ٧٥ ، ص ١٢٦ : ١٢٨ .

(٢) التبصرة ٨٧/٢ .

٢ـ ما ذكـره الدكتور عبد الجواد من جعـل الرأيين الآخرين في علم المحوز عليه بالحيازة ، إنمـا هما ـ ومعهما القول الأول في نص ابن ناجي السابق ـ في علم المحوز عليه بملكية ماله .

٣ـ ونتيجة لما سبق ، يتبين لنا خطأ تعليل الدكتور عبد الجـواد في التفرقة بين الوارث وغير الوارث في الرأي الثالث ، فلو أنه جعل محل التفرقة بينهمـا هو العلم بالملكية وليس العلم بالحيازة ، لأداه هـذا إلى القول الصائب ، وهو أن غير الوارث يكون على علم بسبب ملكه كالشراء مثلا ، أما الوارث فقد يدخل في ملكه شيء دون أن يعلم ؛ وذلك لعدم علمه بما كان يملكه مورثه .

على أية حـال ، فإنه ينبغي أن يترك تقديرعدم علم المحوز عليه بملكيته لماله المحوز لقاضي الموضوع، الذي يستطيع أن يتبين له وجه الصواب بدراسة ما يقدمه المدعي في دعواه من مسوغات عدم علمه بالملكية .

يبقى أن نشـير إلى جزئية أخيرة في هـذا الصدد ، وهي أنه إذا ادعى المحوز عليه أنه كان على علم بملكيته لماله ، وبحيازة غيره له ، ولكنه سكت لفقده سند الملكية ، وعندما وجده رفع دعواه ، فهل يقبل عذره في السكوت ؟ .

اختلف المالكيـة في ذلك ، فمنهم من قبل عذره مع يمينه ، ومنهم من لم يقبل عذره وذكر أن العرف يكذب قوله[1] . والواقع أن هذه المسألة كسابقتها من المسائل الموضوعية، والتي يترك تقديرها للقاضي، من حيث نظره مثلا لتسجيل أو إشهار موضوع الدعوى ، ومن حيث قدرة المحوزعليه على اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقه وقت فقده سنده أو ثبوت عجزه عن ذلك ، إلى غير ذلك من دلائل وإرشادات يسترشد بها القاضي للوصول إلى وجه الصواب .

وأما **القسم الثالث** والأخير من أقسـام عدم علم المدعي ، فهو ما يخص عدم علمه بحيازة ملكه مع علمه بملكيته له ، ومحل دراستنا هنا هو عندما يكون المدعي حاضرا بالبلد التي تمت فيها الحيازة ؛ إذ سنفرد الكلام عن غيبة المدعي

---

(١) التسـولي ٢٥٦/٢ ، الحطاب ٢٢٣/٦ .

بسبب خاص يأتي بعد هذا السبب .

وقد أشرنا إلى أن الحيـازة لكي تنتج أثرها لابد أن يكون المحوز عليه عالما بملكيته لماله وبحيازته ، وأن غياب أحدهما يجعل الحيـازة معيبة ، وعلى هـذا فإذا استطاع المدعي أن يثبت عدم علمه بالحيازة برغم وجوده بالبلاد ، كأن يكون معتقلا مثلا ، فإن دعواه تصير مقبولة ، أما إذا عجز عن إبداء عذر عن سكوته خـلال مدة الحيازة ، فإن دعواه لا تقبـل ؛ لأن '' الحاضر يحمل على العلم حتى يثبت له أنه لم يعلم ''[1] .

وهذا يعني أنه لا يلزم أن يكون القاضي على يقين قاطع بأن المدعي كان يعلم بالحيازة ، وإنما يكفيه حضور المدعي بالبلاد وبكون الحيازة غير خفيـة ، والقانون في هذا موافق للفقه الإسلامي ، يقول شيخ الحقوقيين السنهوري : ليس من الضروري حتى تكون الحيازة علنية غير خفية ، أن يعلم بهـا المالك على سبيل اليقين ، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها ، فإمكان العلم وليس العلم ذاته هـو الذي يجعل الحيازة علنية ، خاليـة من عيب الخفاء[2] .

وقد علق الدكتور عبد الجواد على كلام أستاذه السنهوري بقوله : '' هذا الرأي لا يمكـن قبوله بحـال ما في الفقه الإسـلامي ؛ لأنه يؤدي إلى اللبـس والغموض بلغة القانون والقانونيين ، أو الغرر بلغة الفقه الإسلامي ، وذلك لأن (إمكان العلم) بالحيازة معيـار لا يمكن ضبطه ، ويؤدي إلى النزاع والخلاف في تحقق شرط الظهور أو العلانية أو عدم تحققه ، مما ينفر منه الفقه الإسلامي نفورا شديدا ، لأن من القواعد الثابتة فيه بجميع مذاهبه البعد عن كل غرر أو غموض في علاقات الناس بعضهم ببعض ، وبخاصـة في ميدان المعاملات ، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات . ولذلك يشترط فقهاء المذهب المالكي أن

(١) الدسـوقي ٤/ ٢٣٣ .

(٢) الوسيط ٤/٨٥٠ .

يكون المحوز عليه حاضرا يرى الحائز يتصرف ويستعمل المال المحاز ، وأنه لا بد أن يكون عالمـا بأمرين ، أولهما حيازة الحائز للمال المحوز ، وأن هـذا المال عينه مملوك له ، أي المحوز عليه .

والرأي الراجح عندهم ، أن عبء إثبات علم المحوزعليه بهذين الأمرين إنما يقع على عاتق الحائز نفسـه ، بل لقد تطلّب أحدهم ، وهو المواق ، أن يقر المحاز عليه بأنه يرى الحائز يبني ويهدم ويكري ، كما سبق أن ذكرنا ''[(١)] .

ويمكن التعليق على هـذا النقد الذي أدلى به الدكتور عبد الجواد من وجهين :

١ ـ ما علق به من أن إمكـان العلم بالحيازة معيار **لا يمكـن** ضبطه ، ويؤدي إلى النزاع والخلاف في تحقق شـرط الظهور أو العلانية ، أو عدم تحققه .... فلا تخفى المبالغـة في كلامه ، إذ كيف نصف من يحوز أرضا مثلا ثم يزرعها أو يبنيها في رابعة النهار ، والمحوز عليه حاضر في البلد نفسها ، كيف نصف هذا بأنه فعل لا يمكن العلم به أو أنه غير ظاهر ؟! .

لو سلمنا بهذا لأمكن للمحوز عليه الذي يقطن في نفس الدائرة التي بهـا المال المحوز أن يدعي إنكار العلم بالحيازة ، برغم مرور سنوات عليهـا ؛ إذ العلم بالحيازة معيار لا يمكن ضبطه !! وهكذا نجد أنفسنا في صدام مع العرف والواقع ؛ إذ غالب أحـوال الناس تقضي بأن المالك القاطن في البلد الواقع فيـه ملكه ـ وليس في دائرة الحي فحسب ـ دوما يتردد عليه ، أو يعهد بذلك إلى من يثق به ، أو غير ذلك من الأمور التي تجعل المالك دائما على دراية بملكه .

ثم إن ما ذكره من أن فقهاء المذهب المالكي يشترطون أن يكون المحوز عليه حاضرا يرى الحائز ..... فهذا ـ فضلا عن تعميم نسبة الشرط إلى فقهاء

---

(١) الحيازة والتقادم بند ٧٦ ، ص ١٢٩ ونص كلام المواق : '' فإن كان هذا المدعي حاضرا يقر أنه يراه يبني ويهدم ويكري ، فلا حجة له ، وذلك يقطع دعواه ''. المواق ٢١٠/٦ .

المذهب لا إلى بعضهم ـ تمثيل واستشهاد لصحة الحيازة وليس قصرا عليه[1] . ومن المالكية من جعل الحضور مقابلا للسفر، أي يقصد بالحضورالتواجد بالبلد، وليس فحسب الحضور المباشـر أمام المال المحوز[2] . بل إن منهم من صرح بتفسير الحضور بالتواجد بالبلد[3]. على أنه تنبغي الإشارة إلى أن بعض المالكية كالتسولي[4] جعل الحاضر محمولا على عدم العلم بالحيازة حتى يثبت علمه . بيد أن هـذا الرأي ينبغي عدم الأخذ به الآن ؛ لأنه لا يتفق وأعراف الناس في المحافظة على أموالهم كما مر، ولغلبة طرق الاحتيال والطعن في عدالة الناس ، وسهولة وسائل الاتصال والمواصلات في زماننا ، الأمر الذي يجب أن تتغير معه مثل هذه الأحكام .

فالقاهرة مثلا ـ وهي من أكبر المدن الإسلامية ـ كيف يقبل من قاطنها ـ الحاضرـ أنه لم ير أو يخبر بمـا يحدث فيمـا يدعيه ملكا له طـول مدة الحيازة ؟!. كما لا يقبل منـه قوله بأنه كان يكتفي بإخبار جار الملك بالهاتف ، وأن هذا الجار كان متواطئا مع الحائز ؛ إذ ما أسهل الدعوى بهذا . كما أن علم هـذا المدعي بأن دعواه الملك سوف ترد إذا جاءت متقادمة ، لابد أن يدفعه هذا العلم ليرى بنفسه أو يرسل من يثق به إلى ملكه كل حيـن ، فالأمر لا يستغرق سوى سويعات قليلة . وإذا كان هـذا هو شأن المدن الكبيـرة ، فغيرها ـ من المدن الصغيرة والقرى ـ أولى بذلك .

وعلى هـذا فإنه ينبغي تقديم رأى من جعل الحاضر محمولا على العلم حتى يثبت عكس ذلك ، ففي التبصرة أن الغائب وإن كـانت غيبته قريبة فهـو محمول على عدم العلم حتى يثبت عليه العلم ، والحاضر محمول على العلم حتى

---

(١) وعلى هذا يحمل أيضا قول المواق بالهامش السابق .

(٢) انظر مثلا : مواهب الجليل ٢٢١/٦ ، التبصرة ٨٢/٢ .

(٣) كالصاوي ـ بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، ٣٧٩ ـ كما ذكر أن المحوز لو كان حاضرا ، وهو غيـر عالم ، فله القيام إذا **أثبـت** عدم علمه .

(٤) البهجة ٢٥٥/٢ .

يتبين أنه لم يعلم[1] .

٢ـ ما نقله عن فقهاء المالكية ، من أن الراجح عندهم ، أن عبء إثبات علم المحوز عليه بالملكية والحيازة ، إنما يقع على عاتق الحائز نفسـه ، وأن المواق تطلّب أن يقر المحوزعليه بأنه يرى الحائز يبني ويهدم ويكري : فقـد سبق قريبـا توجيه كلام المواق بما لا يتعارض مع ما ذكره فقهـاء المذهب ، وسبق أن ذكرنا كذلك أن ما قاله الدكتورعبد الجواد من أن الراجح عند فقهـاء المالكية هو إسناد عبء علم المحوز عليه بملكية ماله إلى الحائز ، إنما جـاء نتيجة عدم الدقة في تناول النصوص التي نقلها عن بعضهم .

يتبقى ما ذكره من أن الراجح أيضا عندهم هو إسناد عبء علم المحوز عليه بحيازة ماله إلى الحائز أيضـا ، وقد اعتمد الدكتور عبد الجواد فيما ذكره على ما نقله عن ابن فرحون، فقد عنون بـ (إثبات علم الحائز[2] بحيازة ماله) وبدأه بقول ابن فرحون : '' وهو على غير العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كان عالما في غيبته لحيازة ماله ''[3] . وواضح من النص أن ابن فرحون يحمل الحائز تبعة إسناد علم المحوز عليه بالحيازة في حالة غيبة المحوز عليه وليس في حضوره ، أي عندما يكون المحوز عليه في غير البلد التي بها ماله المحوز ثم قدم ، فإن دعواه تقبل لعذر غيابه وعدم علمه بالحيازة ، ولكـن إذا استطاع الحائز أن يثبت أن المحوز عليه كان على علم بالحيازة أثناء غيابه ، فإن ذلك يرد دعوى المحوز عليه .

أما إذا كـان المحوز عليه حاضرا ويدعي عـدم العلم بالحيازة ، فعليه إثبـات ما يدعيه ، إذ البينة على من ادعى ، وتحمل المحوز عليه إثبـات عدم علمه بالحيازة ، مثله في هـذا مثل تحمله إثبات موت مورثه وأن المحوز كان ملكه ، أو إثبات ملكه للمال المحوز إن كـان يدعيه بشراء ونحوه ، يقـول ابن

---

(١) التبصرة ٨٨/٢ وانظر مثله : حاشية الدسوقي ٢٣٣/٤ ، بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، ٣٧٩ .

(٢) كذا ، والصواب : المحوز عليه .

(٣) تبصرة الحكام ٨٣/٢ .

فرحون نفسه : '' ولا بد للمدعي على الحائز من إثبات موت مورثه ـ إن كان يدعي أنه ورث ذلك ـ وملك مورثه له . وإن كـان يدعي أنه ملكه فلا بد من إثبات ملكه له قبل أن يسـأل الحائز عن شيء ''[1] . ثم لو سلمنا بكلام الدكتور عبد الجواد فماذا يفعـل الحائز الذي لا يعرف شخص المدعي حقيقة ـ أو حتى ادعى ذلك ـ ، كيف يثبت الحـائز أن المدعي ـ وهو شخص مجهول بالنسبة إليه ـ كـان على علم بحيازته ؟!. لا سبيل لإثبـات ذلك إلا قول الحـائز بأن حيازته كانت علنية وظاهرة للداني والقاصي .

هذا عن عدم علم المدعي في التقادم المكسب أو الحيازة ، أما عدم علمه بحقه في التقادم المسقط أو تقادم الديون فإنه يعد عذرا له ، ويحق له المطالبة بدينه متى علم به ، ومهما طالت مدة جهله به ، فقد جـاء في حلي المعاصم أنه لو قال سكت لأن الرسم كان غائبا عني وخفت إذا طلبت ديني عجزني القاضي، أو قال لم أجد ما أقوم به حتى الآن ، فلا شيء له . وهـذا بخلاف ما لو قال لم أعلم بالحق إلا الآن[2] . على أن يثبت عدم العلم هذا .

الجهل بالحق في القانون

وإذا ما تركنا الفقه الإسلامي ، فإننا نجد أن قضاء النقض قد حـاد عن الصواب حينما قضى بأن '' الجهل بالحق في استرداد ما دفع بغير حق لا يمنع من سريان التقـادم ، ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقا للمادة (٣٨٢) مدني ''[3] .

---

(١) تبصرة الحكام ٨٧/٢ .

(٢) حلي المعاصم ٧٤/٢ .

(٣) نقض مدني ١٩٧٧/١/١٦ مج س ٢٨ ص ٢٤٤ .

ونص المادة (٣٨٢) من القانون المدني الخاصة بوقف التقادم المدني هو :

'' ١ ـ لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب . =

السبب الثاني الغيبة

الغيبة قد تتعلق بالمدعي أو المدعى عليه ، سواء في الحيازة أو تقـادم الديون . أما غيبة المدعي في الحيازة فقد اتفق القائلون بالتقادم على كونها عذرا موقفا لها ، ولكن هل المعتبر في الغيبة هو بعد المسافة فحسب ، بحيث يعد هذا البعد ـ في ذاته ـ عذرا حتى لو كان عالما بحيازة ماله، أم أن العبرة في الغيبة هو عدم علمه بالحيازة حتى لو كانت هذه الغيبة ليست بعيدة ؟ .

وفي الجواب عن هـذا التساؤل ، نذكر أن الدكتور عبد الجواد قد نقل نصوصا عن بعض فقهاء المالكية ، وجاء نص ابن فرحون أكثر أهمية ، حيث فصل فيه الأمر ، وقد عقب الدكتور عبد الجواد على هـذه النصوص ببعض التعقيبات، منها ما ذكره تحت عنوان '' تحديد معنى الغياب '' يقول : (الغياب بالمعنى اللغـوي عدم الحضور بالبلد أو المكـان الذي يوجد به الشيء المحوز والحائز ، وليس المقصود بالغياب هنـا الغياب لذاته ، بل المقصود الغياب الذي يترتب عليه عدم علم الغائب بأن شيئا مملوكا له قد حازه شخص آخر ، وهـو يتصرف فيه أو يستعمله تصرف أو استعمال المالك لما يملك . ولذا فقد رأينا أن الحاضر قد يكـون في حكم الغائب إذا لم يعلم بالحيازة . كمـا أن الفقهـاء قد اعتبروا الغائب في حكم الحاضر إذا علم أثناء غيابه بحيازة ماله . ولذلك فقـد قرروا أنه يجب عليه في هذه الحالة أن يعود من سفره ليطالب بحقه ، أو يوكل شخصا آخر يقوم مقامه في المطالبة بحقه ، أو يشهد في غيبته على عذره الذي لا يستطيع معه الحضور أو المطالبة بحقه. وذلك '' مثل أن يكون في يد عدو ، أو من وراء بحر ، أو يكون ضعيفا ، أو مختلا ، أو امرأة محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر '' كما ذكر ابن فرحون .

= ٢ـ ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا '' .

وسنتناول دراسة هذه المادة تفصيليا خلال عرض أسباب وقف التقادم القادمة ، مع مراعاة أن القضاء في حكمه السابق ، كان يمكنه إدراج الجهل بالحق ضمن المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي يعتبر الشخص بعدها غائبـا ، وهم في الغالب يقيسون المسافات بالأيام التي يستغرقها السـفر ، فالدردير يرى أن من يكون على مسيرة يومين من البلد يعتبر حاضرا ، ولا يعتبر غائبا إلا إذا كان على مسيرة أربعة أيام على الأقل . ولكن ابن القاسم ، فيما نقل عنه ابن فرحون ، يرى '' الغائب على مسـيرة ثلاثة أيام والأربعة معذور في غيبته ''. كما يرى البعض أن غياب المرأة لا يكون إلا على مسيرة أكثر من يوم .

وقد كان تقدير المسافات ، في عصور الفقهاء القدامى ، بالسير المعتاد أو بسير الإبل ، أما في العصـر الحاضر فقد أصبحت وسائل السـفر بالسيارات والطائرات . ولذا تقدر قوانين المرافعات المسافات بالكيلومترات ، وتفرق بيـن السفر داخل البلد وخارجه من بقية أنحـاء العالم ، والقواعد العامة في الفقـه الإسلامي تجيز ، بل تحتم ، الأخذ بما يصل إليه التطور العلمي والصناعي في وسائل السفر وتقدير المسافات)[1] .

ولكي يمكن مناقشة ما ذكره الدكتور عبد الجواد نورد بدايـة نص ابن فرحون ، يقول : ('' مسألة في الحيازة على الغائب '' وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب : وأخبرني حسين عن ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأصبغ ومطرف ، في الغائب يحـاز عليه ماله وهو على مسيرة دون السـبعة الأيام ، يريد كالخمسة ، فإن علم في غيبته بما حيز عليه من ماله فلم يقـدم ولم يوكل حتى طال زمان ذلك فهو كالحاضر ، إلا أن يكون له عذر ، مثل أن يكون في يد عدو أو من وراء بحر أو يكون ضعيفا أو مختلا أو امرأة محجوبة أو غيـر محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر ، فيكون على حقه أبدا ، وإن أشهد في غيبته على عذره وأنه غير تارك لحقه ، إلا لما يذكره من عذره ، كـان ذلك أوثق له عندنا ، وقد يكون للغائب وإن قربت غيبته معاذير يعذر بها إذا ظهرت .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ٧١ ، ص ١٢١ ، ١٢٢ .

قال ابن حبيب : ثم رجع ابن القاسم فقـال : '' أرى الغائب على مسيرة الثلاثة الأيام والأربعة معذورا في غيبته ، وإن علم بما حيز عليه ، وإن لم يكن ضعيفا في بدنه ، ولا مختلا في عقله ، وأراه على حقه أبدا مازال غائبـا ؛ لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف '' . وقوله الأول عندي أحسن ، وهـو الذي اجتمع عليه كبار أصحاب مالك . وفي العتبية رواية عن ابن القاسم أن الثمانية أيام في حكم القريب .

فرع ومغيب المرأة على مسيرة اليوم لا يقطع حجتها ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يحل لامرأة تؤمن با واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم إلا معها ذو محرم منها)[1]. قاله بعض الشيوخ المتأخرين .

فرع وإن كان غير عالم فهو على حقـه إذا قدم ، ولا حيازة عليه وإن طالت الحيازة فيه ، كانت الغيبة قريبة أو بعيدة .

تنبيه وهو محمول على غير العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كـان عالما في غيبته بحيازته لماله .

فرع وقال مطرف وأصبغ : ونرى السـبعة الأيام والثمانية وما أشـبه ذلك طولا من الغيبة ، وعذرا في ترك القدوم والطلب والتوكيل وإن كان عالما، إلا أنا نستحب له أن يشهد في غيبته إذا علم بحيازة ماله عنه، وإن ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته ، إلا أن يطول الزمان جدا مثل السبعين سنة أو الثمانين وما قاربها ، ويكون مع ذلك سماع مستفيض بأنهـا ملك للذين هي بأيديهم ، تداولها هم ومن كان قبلهم بما يحاز به الملك ، فيكون ذلك كالحيازة على الحاضر وإن كانت الغيبة بعيدة . قال ابن حبيب : وبقولهما أقول)[2] .

---

(١) الحديث أخرجه :

ـ البخاري ' بزيادة ليلة ' ، كتاب الجمعة ، باب في كم يقصر الصلاة ...

ـ مسلم ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره .

(٢) التبصرة ٨٢/٢ ، ٨٣ .

وما يؤخذ على الدكتورعبد الجواد ، فيما استنبطه من هذا النص وغيره ، هو ما ذكره من أن الغياب ليس مقصودا لذاته ، وإنما المقصود به ما يترتب عليه من عدم علم الغائب بالحيازة ، وأنه كالحاضر ـ في عدم سماع دعواه ـ إذا علم بالحيازة ولم يأت أو لم يوكل أو لم يشهد .

هذا الذي ذكره الدكتور عبد الجواد يخالف ما قاله مطرف وأصبغ في نهاية نص ابن فرحون السـابق ، من أن غيبة السبعة الأيام والثمانية وما أشبه ذلك يعـد طولا وعذرا في ترك الغائب القـدوم والطلب والتوكيل ، وإن كـان عالما ، إلا أنهما استحبا له الإشهاد ، وإذا لم يشهد فإن ذلك لا يوهن حجته ، عدا الاستثناء المذكور بقيديه .

وعلى هـذا فإن السفر لمسافة بعيدة يعد في ذاته عذرا للمحوز عليه في سماع دعواه عند قدومه ، وليس هذا قول بعض فقهاء المذهب ، بل حكى فيه التسولي الاتفاق عليه في شرحه لقول ابن عاصم :

وقائـم ذو غيبـة بعيـدة	حجته باقيـة مفيـدة
والبعد كالسـبع وكالثمان	وفي التي توسطت قولان
وكالحضور اليوم واليومان	بنسبة الرجال لا النسوان

يقول التسولي في الغياب البعيد : '' وظاهره بلغه العلم بالحيازة عليه أم لا ، كانت الحيازة عليه بالهدم والبناء أو بالاستغلال والسكنى ، ثبت عجزه عن القدوم والتوكيل أم لا ، وهو كذلك اتفاقا ''[1] .

هذا عن الغياب البعيد ، أما المتوسط كالأربعة والخمسة ، ففيه قولان سبق ذكرهما في نص ابن فرحون السابق ، ويقول عنهما التسولي : أولهما لابن حبيب وابن القاسم أنه يسقط حقـه إذا لم يثبت عجزه عن القـدوم أو التوكيل . وثانيهما لابن القاسم أيضا بأنه لا يسقط ، ولو لم يثبت عجزه ، ويصدق فيمـا

(١) البهجة ٢٥٩/٢ وكذلك التاودي لم يشترط عدم علم المحوز عليه في هذا الغياب البعيد . حلي المعاصم ٢٥٩/٢ .

يدعيه من العجز عن القـدوم والتوكيل ؛ لأنه قد يكـون معذورا ، كمن لم يتبين عذره ، وهو المعتمد . قال المشاور : وبه العمل . ابن رشد . وهذا الخلاف إنما هو إذا علم بالحيازة عليه[١] .

وأما السفر القريب كاليوم واليومين فهو كالحضور في عدم سماع دعواه وبينته ، مع الأمن لا مع الخوف ، والقدرة على القدوم أو التوكيل لا مع ثبـوت العجز عنهما ، والعلم بالحيازة عليه لا مع عدم علمه . ابن رشد[٢] .

وهكذا نجد أن عدم العلم بالحيازة يعـد عذرا في الغيبة أيا كان نوعها ، أما مع العلم فإن الغيبة البعيدة تعـد عذرا في ذاتها ، والغيبة المتوسطة فيهـا الخلاف السابق ذكره ، والغيبة القريبة لا تعـد عذرا ؛ إذ هي بمثابة الحضور . وإذا كان المالكية قد قصروا بعض هذه الأحكام على الرجال دون النساء ، فإنه لا تنبغي هذه التفرقة في زماننا هـذا ؛ لاختلاف أحوال النساء عما كن عليه ، ولتوافر آلة النقل الآمنة .

كما يؤخذ على الدكتور عبد الجواد ما قاله ضمن كلامه السابق ، قوله : وقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي يعتبر الشخص بعدها غائبا . وهم في الغالب يقيسون المسافات بالأيام التي يستغرقها السـفر . فالدردير يرى أن من يكون على مسيرة يومين من البلد يعتبر حاضرا ، ولا يعتبر غائبا إلا إذا كان على مسيرة أربعة أيام على الأقل . ولكن ابن القاسم ،فيما نقل عنه ابن فرحون، يرى الغائب على مسيرة ثلاثة أيام والأربعة معذور في غيبته[٣] .

ونص كلام الدردير الذي نقل منه الدكتور عبد الجواد قوله السابق ، هو ما ذكره في شرح قول خليل (ثم ادعى حاضر) يقول : بالبلد ، ولو حكما كمن على مسـافة يومين ، فإن بعدت كمن على جمعة فله القيام متى قدم مطلقـا ،

---

(١) البهجة ٢٥٩/٢ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) الحيازة والتقادم بند ٧١ ، ص ١٢١ .

كالأربعة وثبت عذره عن القـدوم أو التوكيل ، فإن جهـل أمره فكذلك عند ابن القاسم ، وقال ابن حبيب : يسقط حقه ....[1] .

ففي هـذا النص نجد أن الدردير إنما يورد ـ فحسب ـ أقوال المذهب السابق ذكرها ، فمن كان غائبا على مسيرة جمعة فله أن يقيم الدعوى مطلقا ، أي يعذر بسبب غيبته هـذه حتى لو كان عالما بالحيازة قادرا على القدوم أو التوكيل . ويأخذ هذا الحكم نفسه من كان غائبا غيبة متوسطة كالأربعة ، ولكن بشرط ثبوت عذره في القدوم أو التوكيل ، وهذا هو أحد قولي ابن القاسم كما أشار ابن فرحون نفسه ، والقول الآخر هـو قبول دعواه عند قدومه حتى مع الجهل بعذره . وعلى هذا فلسنا إذن بصدد تعارض بين الدردير وابن القاسم كما يفهم من كلام الدكتور عبد الجواد ، فضلا عن اجتزاء أقوال فقهـاء المذهب بما يفضي إلى اضطراب النتيجة ، فقـد أنهى الدكتور عبد الجواد هـذا الموضوع بقوله : (والمسألة أن الغائب لا تكون حيازة ماله حيازة شرعية ما دام غائبا ، '' وله القيام متى قدم مطلقا ''، أي إن من حقه المطالبة بماله بعد حضوره مهما طالت غيبته ....)[2]. ولكن هذا الحكم خاص ـ كما هو بين من نصوص ابن فرحون والتسولي والدردير السابقة ـ بالغيبة البعيدة ، والمتوسطة في قول .

هذا عن رأي المالكية في غياب المدعي في الحيازة ، أما الحنفية فقـد عدوا الغيبة عذرا أيضا ، لكنهم لم يقدموا تفصيلا للموضوع كما فعل المالكية ، وإنما اكتفوا بالقول بأن الغيبة مسافة السفر تعد عذرا وتسمع معها الدعوى[3] .

ولعل الصواب في هـذه المسألة في عصرنا ، هو أن الغيبة تصلح أن تكون عذرا بشرطها ، فمن بلغه في سفره ـ القريب أو البعيد ـ حيازة ملكه ، فعليه أن يتخذ من الإجراءات ما يمنع هذا التعدي، أو ـ على أقل تقدير ـ يعلن

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٢٣٣/٤ ، طبعة الحلبي ، بدون تاريخ .

(٢) الحيازة والتقادم ، بند ٧٢ ، ص ١٢٢ .

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ .

عن رفضه ، من الحضور بنفسـه ، أو تكليف من ينوب عنه في إعلام الحائز بتعديه والإشهاد عليه ، أو إرسال توكيل للخصومة ، أو إخطارالجهات المختصة في بلد المحوز أو في مكان سفره ، أو غير ذلك مما يقف به سريان التقـادم . فإذا لم يفعـل المحوز عليه أيا من ذلك وحضر ليطالب بالمحوز بعـد سنوات الحيازة ، مع إقراره بعلمه بها أثناء غيابه أو أثبت الحائز هـذا العلم ، فلا بد له حينئذ من إبداء العذر الذي كان يمنعه من اتخاذ الإجراء الذي يحفظ حقه ، وإلا فلا تسمع دعواه ؛ إذ يعد سكوته في هذه الحال هذه السنوات الطوال سببا للتهمة مثل سكوت الحاضر .

وما سبق إنما هـو في غياب المحوز عليه ـ المدعي ـ ، أما غياب الحائز ـ المدعى عليه ـ عن حيازته ، فإنه ليس فقط يعـد عذرا للمحوز عليه وسببا للوقف ، بل يجعـل الحيازة كأن لم تكن ، بحيث يستطيع المحوز عليه العودة لملكه دون أن يقيم دعوى إن أمكنه ذلك .

وبعد أن تناولنا دراسـة غيبة الحائز أو المحوز عليه[(١)] في الحيـازة ـ التقادم المكسب ـ نتناول غيبة الدائن ـ المدعي ـ ثم غيبة المدين ـ المدعى عليه ـ في تقادم الديون ـ التقادم المسقط ـ .

أما الدائن فإنه يظل على حقه في غيابه طالما كان بيده وثيقة الدين[(٢)] ، وإذا كان سند دينه الشهادة دون الوثيقة ، وعلم أنه سيظل في غيبته مدة التقادم ، فعليه اتخاذ الإجراء الذي يوقف سريان المدة ، ما لم يمنعه عذر من ذلك ، وإلا لصار كالحاضر في عدم سماع دعواه .

وأما غياب المدين فقد ذكر الدكتور حامد عبد الرحمن أن الغيبة تعد عذرا يوقف مضي المـدة ، سواء أكـان الغائب هو المدعي أم المدعى عليه ، عنـد

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن غياب الحائز والمحوز عليه عن الحيازة يأخذ الحكم نفسه الذي ذكرناه في غياب الحائز فحسب .

(٢) بناء على ترجيح عدم تقادم الحقوق الموثقة على ما مضى وما سيأتي ، راجع وانظر ص ٦٣ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ١٨٣ : ١٨٦ .

المتأخرين من الأحناف ، وأما المالكية فغياب المدعي فقط هـو العذر عندهم ؛ وذلك لأن المالكية يجيزون القضاء على الغائب ، بخلاف الحنفية الذين لا يرون ذلك[1] .

ولكن قول الحنفية بعدم القضـاء على الغائب ، لا يلزم عنه ألا يطالب المدعي بحقه أثناء غيبة المدعى عليه ، خاصة في زماننا هذا ؛ وذلك حتى يحفظ حقه من الضياع ، فقد لا يستطيع إثبات غيبة المدعى عليه فيضيع حقه بالتقادم .

الغيبة في القانون

يبقى أن نشـير إلى أن المشرع المدني لم يوفق حينما قرر في التقـادم المسقط في المادة (٢/٣٨٢) أنه لا يسري التقـادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهليـة ، أو في حق الغائب ، أو في حـق المحكوم عليه بعقوبة جناية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن وقف التقادم لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة عديمي الأهلية ولا ناقصيها ، متى كـان لهم من ينوب عنهم قانونـا ، ذلك أن النائب يحل محل الأصيل المحجور ، فيتعين عليـه أن يتولى أمر المطالبة عنه ، فإذا لم يفعل كان مسئولا عن ذلك .

أما إذا لم يكن لعديم الأهليـة أو ناقصها من ينوب عنـه ، فعندئذ يقف سريان مدة التقـادم بالنسبة له ، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل . ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية .

فالواقع أن الغرض من التقادم (الخمسي) ، هو درء خطر تراكم الديـون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هـذا الغرض بما يتصل بشخص الدائـن من أوصاف ولو كان القصر من بينها ، ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس

---

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٥٣ ، ومصادره .

سنوات يتهافت تهافتا يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة . أما التقادم الحولي فقد بني على قرينة الوفاء ، وهي تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصرا[1] .

وهكذا نجد أن القانون قد اعتمد على أسـاس التقادم الخمسي أو الأقل ، فيما ذهب إليه من عدم وقف التقادم في حق ذوي الأعذار السابقة ـ والتي منها الغائب ـ وفي هذا مخالفة للصواب ؛ لأن القانون إذا كان قد نظر إلى مصلحة المدين بأن فاداه من تراكم الديون عليه ، فإنه لم ينظر إلى سوء نيته في حرصه على عدم السـداد ، مستغلا ـ المدين ـ عذر الدائن الذي أقعـده عن المطالبة بحقه ، ولو أنصف القانون لألزم المدين بسـداد الدين ولو منجما . ثم ماذا لو استطاع أصحاب هذه الأعذار المطالبة بحقوقهم قبيل انقضاء مدة التقـادم بزمن يسير جدا ، أليس في هذا تراكم للديون أيضا ؟!.

السبب الثالث عوارض الأهلية

قد لا يستطيع صاحب الحق المطالبة بحقه ؛ لما يمـر به من عوارض تسلبه أهليته ، سواء أكانت هـذه العوارض ينسب حدوثها للإنسان كالخوف والإكراه ، أم كانت قدرية كالجنون والعته ، وما يلحق بهذه العوارض الأخيرة من صغر أو عدم بلوغ مثلا ؛ حيث لما تكن أهلية بعد . ويظل التقادم في جميع هذه الأحوال واقفا حتى يزول العارض .

١ ـ الخوف والإكراه

وفي هـذا يقول الدكتور عبد الجواد تحت عنوان '' الاعتداد لا بالإكراه فقط ، بل بالخوف أيضـا '' : (القانون الوضعي يعتبر الإكراه أحـد عيوب الحيـازة ، بمعنى أن من شروط الحيازة فيه أن تكـون هادئة ، ويفسر شراح القانون هذا الشرط بكون الحائز لم يحصل على الحيازة بالقوة أو التهديد .

---

(١) نقلا عن التقادم المكسب والمسقط ، محمد أحمد عابدين ، حاشية ص ٦٣ .

وإذا كانت نتيجة الإكراه ، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون ، هي عدم الاعتداد بالحيازة لفقد شرط من شروطها ، إلا أن دراسـة النصوص الخاصة بالإكراه أو الخوف في فقه المذهب المالكي تظهر بوضوح أنه بالرغم من اتحاد النتيجة في كل من الفقـه الإسلامي والقانون ، إلا أن هناك مظهرين للخلاف بينهما : أولهما عدم اقتصار الفقه الإسلامي على الإكراه بل أضاف إليه الخوف، وثانيهما التوسع في معنى الإكراه والخوف .

أ ـ إضافة الخوف إلى الإكراه

استعمل فقهاء المذهب المالكي عبارات كثيرة مختلفة للتعبير عن الإكراه أو الخوف، كقول الحطاب في الحائز '' إلا أن تكون اليد كلا يد ، مثل أن يكون غاصبا وذا سلطان '' ، وقوله في المحوز عليه والحائز '' الخوف ، أي خوف المدعي من الذي في يده العقار ، لكونه ذا سلطان ، أو مستندا لذي سلطان '' ، وقول ابن فرحون في المحوز عليه '' غير خائف من الحائز ''، وقول الدردير فيه أيضـا '' أو قام به مانع من إكراه ونحوه '' ، وقول الدسـوقي '' خوف الحاضر من سطوة الحائز، أو من سطوة من استند إليه الحائز '' أو ''لا حيازة لذوي الشوكات والتغلب '' . فالفقه الإسلامي لا يكتفي من ناحية ثانية بالإكراه أو الخوف من الحائز نفسه ، بل يضيف إلى ذلك الإكراه أو الخوف ممن يستند إليه الحائز ، من قريب أو من صديق ذي سلطة ، أو استعانة الحائز بذي سلطة أيا كان ، ولأي سبب كان .

ب ـ التوسع في معنى الإكراه والخوف

العبارات التي استعملها الفقهـاء في الإكراه والخوف تدل على معـان مختلفة ، أو بعبارة أدق ، تدل على درجات مختلفة لكـل من الإكراه والخوف ، وأقوى هذه الدرجات كون الحائز '' غاصبا وذا سلطان '' كما يقول الحطاب ، ويلي هذه الدرجة الإكراه غير الموصوف عندما يكتفي الفقهاء بذكرالإكراه كمانع من موانع الحيازة ، كما جاء في النص المنقول عن الدردير . وقد يأخذ الخوف معنى الإكراه إذا كـان الحائز ذا سلطان أو مستندا لذي سلطان ، كما يقـول

الحطاب . ولكن أضعف درجات الخوف هي خوف المدين المحوز عليه من مطالبة الدائن الحائز بحقه ؛ خوفا من أن يطالبه هذا بدينه الذي لا يستطيع الوفاء به ، فيضطره هذا الخوف إلى السكوت على حيازة حقه)[1] .

وما يلاحظ هنا هو أن القانون قد وافق الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، إذ إنه يعتـد بالإكراه المادي الذي يأتي بطريق استعمال القـوة المسلحة أو غير المسلحة ، والإكراه المعنوي عن طريق اسـتعمال التهديد الذي يختلف أثـره باختلاف الأشخاص ونوع التهديد[2] .

ومعنى **(اختلاف نوع التهديد)** هـو أن التهديد قد يحدث دون أن يصدر من الحائز أي اعتداء قولي أو فعلي ضد المحوز عليه عند بدء أو أثناء حيازته ، حيث يكفي المحوز عليه عذرا أن يعلم أنه إن طالب بحقه ناله الأذى من الحائز، ولو طبقنا ضـابط التفرقة ـ الذي ذكره الدكتور عبد الجواد ـ بين الإكـراه والخوف ـ على فرض التسليم به ـ على هذا التمثيل للتهديد ، فإننا نجد أنفسنا داخل دائرة الخوف لا الإكراه ؛ إذ لم يصدر عن الحـائز أي اعتداء قولي أو فعلي ضد المحوز عليه .

كما ذهب القانون إلى أن استخدام طرق الاحتيال في الحيازة يعد قدحا فيهـا ، يقول الدكتور المنجي : لا تعتبر الحيازة هادئة إذا حصل الحائز عليهـا بالغش والتواطؤ عن طريق استعمال طرق احتيالية . وقد قضت محكمة النقض بقبول طلب استرداد حيازة العقار ؛ تأسيسا على رفع يد الحائز بطريق الإكراه وبطريق الغش والتحـايل ، ونفي المحكمة للإكراه لا يستلزم حتمـا نفي الغش والتحايل ، وأوجبت تحقيق الغش والتحايل وإلا كـان الحكم قاصرا[3] . وهـذا الذي ذهب إليه الفقه والقضاء في القانون لا يتعارض ومبادئ الفقه الإسلامي .

---

(١) الحيازة والتقادم بند ٨٥ : ٨٧ ، ص ١٣٨ : ١٤٠ ببعض حذف .

(٢) الحيازة د.المنجي بند١٥ ص ٥٨ ومن مصادره السنهوري الذي رجع إليه د.عبد الجواد .

(٣) الحيازة بند١٥ ص ٥٩ وأشار إلى: نقض ١٩٤٨/١/١٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ٥٨٧ ـ ٨

وأما ما مثل به الدكتور عبد الجواد لأدنى درجات الخوف ، وهو خوف المحوز عليه المدين من الحائز الدائن ، أنه لو طالبه بالمـال المحوز لطالبه الحائز بالدين ، فإنه يمكن ـ أولا ـ إدراج هـذا المثال تحت التهديد المعنوي سابق الذكر[1] ؛ إذ لا يتأتى خوف المحوز عليه إلا إذا كان الحائز الدائن فيه شيء من سطوة ولو ضئيلها ، بحيث لو كان المحوز عليه المدين على يقين من عدالة الحائز الدائن لما توانى في المطالبة بالمحوز ؛ لعـدم تلازم المطالبتين حينئذ . وثانيا فإن هذا المثال نجد في القانون ما هو أقل منه شأنا ومع ذلك يجعل الحيازة معيبة ، مثل العلاقة الأدبية كعلاقة الزوجية ، وهو ما سنفصل فيه الكلام في السبب القادم .

٢ ـ الجنون ، العته ، الصغر ، ......

يظل التقادم واقفا طول فترة هذه العوارض، ثم يسري بعدها، ولا خلاف في أن هـذا إذا لم يكن ولي أو وصي ، أما عند وجوده فقد ذكر الدكتور عبد الجواد أن المالكية أطلقوا الكلام في هذا العذر أي أن التقادم يظل واقفا حتى مع وجود ولي أو وصي[2] .

ولكن جاء في البهجة ما يؤخذ منه عكس ذلك ، فعندما تكلم التسولي عن هذا العذر في الحيازة[3] أشار إلى كلامه في الشفعة ، وهو '' وفي المتيطية : وأما الغائب ، والصغير المهمل ، والسفيه الذي مات وليه ، واليتيم ، والبكـر : فلا تنقطع شفعتهم إلا بعـد عام من قدوم الغائب وبلوغ اليتيم والبكـر وترشيد السفيه ونكاح البكر ورشـدها . هـذا هو المشهور وبه العمل . اهـ ''[4] . وتقييد الصغر والسفه بما ذكر يفهم عنه عدم الاعتداد بهما عند وجود ولي .

---

(١) كما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني أن اتحاد الذمة ـ كـأن يجتمـع فـي شخص صفتا دائن ومدين ـ يعد من أسباب وقف التقادم .

(٢) الحيازة والتقادم بند ٨١ ، ص ١٣٦ .

(٣) البهجـة ٢٥٥/٢ .

(٤) السابق ١١٤/٢ .

وصريح عن ذلك قول المواق : '' قال مالك : وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه ، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له . وإن لم يكـن له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه فهو على شفعته إذا بلغ . ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ، ولا قيام له إن كبر . ولو كان له أب فلم يأخذ له بالشفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي ، وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شـفعة للصبي ؛ لأن والده بمنزلته . ابن عات : واختلف قـول أشهب في سكوت الوصي مدة تنقطع في مثلها الشفعة. اللخمي: فإذا وجبت الشفعة للصغير كان الأمر فيها لوليه ، من أب أو وصي أو حاكم ، من أخذ وترك ، فإن رشد الصبي بعـد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك ، ولا ترك ما أخذ ، إلا أن يتبيـن أن الأخذ لم يكن من حسن النظر ؛ لغلائه أو لأنه قصد المحاباة لمن كان اشترى ، فللصبي إذا رشد نقض ذلك ''[1] .

هذا عن رأي المالكية ، أما الحنفية فقد قيدوا وقف التقادم بعدم وجود ولي أيضا ، يقول ابن عابدين : استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعـد بلوغه هذه المدة ، وبما إذا لم يكن له ولي[2] .

بيد أن مجلة الأحكام العدلية نصت على اعتبار العذر حتى مع وجـود الوصي بناء على فتاوى بعض متأخري الحنفية ، فقد نصت المادة (١٦٦٣)على أن '' المعتبر في هـذا الباب ، أي باب مرور الزمان المانع لسماع الدعاوى ، إنما هو مرور الزمان الواقع بلا عذر ، أما الزمان الذي مر لعذر شرعي ، كما لو كان المدعي صغيرا أو مجنونا أو معتوها ، سواء كان له وصي أو لم يكن ، أو كان في ديـار بعيدة مدة سفر ، أو كان خصمه من المتغلبة : فلا يعتبر ، بل يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه . مثلا لا يعتبر الزمان الذي مر حال صغر المدعي ، وإنمـا يعتبر من تاريخ وصوله إلى حد البلوغ ، كذلك

---

(١) التاج والإكليل ٣٢٤/٥ وانظر بلغة السالك ٢٣١/٢ .

(٢) ابن عابدين ٣٤٤/٤ وقد ذكر في الصفحة نفسها الصبي والمجنون .

إذا كان لرجل مع أحـد المتغلبة دعوى ، ولم يمكنه إقامتها لامتداد زمان تغلب خصمه ، ووجد مرور الزمان ، لا يكون مانعا لاستماع الدعوى ، وإنما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب ''.

وقد رجح الدكتور حامد عبد الرحمن الرأي الأول ، يقـول : '' وإني أرجح الرأي الأول ، وهـو أن فقد الأهلية يعتبر عذرا إذا لم يكن لناقص الأهلية أو فاقدها ولي ، أما إذا كان له ولي فتسري المدة في مواجهة وليه ''[1] .

وقد يكون الصواب في الرأي الآخر؛ لأنه ينبغي ألا يتحمل الصغير ومن شابهه تقصير غيره ، ولأن الأصل في الولاية أو الوصاية هو الحفاظ على مال من يتولى أمره وتنميته لا أن تكون سببا في إضاعته .

السبب الرابع العلاقات الخاصة

ومن هـذه العلاقات الخاصة بين المدعي والمدعى عليه علاقـة القرابة والزوجية ، وقد عد الدكتور حامد عبد الرحمن هذه العلاقة ضمن الموانع التي يقف بسببها التقادم ، يقول : '' وقد يكون المانع من المطالبة العلاقة القائمة بينه وبين المدين ، كالعلاقة ما بين الأصول والفروع ، وهي تعتبر مانعـا يوقف مضي المدة إذا ما كانت أواصر الحب تربط بينهم ، وكانت علاقة القرابة علاقة وثيقة ، واقترنت بملابسات تؤكد معنى المانع . أما إذا كان بينهم تشاجر وتنافر فلا تعتبر مانعا ، وتحسب المدة اعتبارا من تاريخ استحقاق الحق .

وتعتبر العلاقة الزوجية مانعـا يوقف مضي المدة الموجبة لعـدم سماع الدعوى بين الزوجين ما دامت الزوجية قائمة ، فإذا ما ترك أحدهما الدعوى في مواجهة الآخر محافظة على استقرار الحياة الزوجية ، ويخشى إن هـو طالب بحقه أن يتعكر صفو حياته الزوجية ، واستمر الحال على ذلك فترة طويلة ، فإذا ما طالب أحدهما بحقه في مواجهة الآخـر تسمع دعواه ، ولا يستطيع الآخر أن

---

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٥٢ .

يدفعها بمضي المدة ''[1] .

ويظهر من صدر كلام الدكتور حامد أنه يتكلم عن تقادم الديون ، ولكن بمراجعة المواضع التي أشار إليها في مصادره في هـذه الجزئية نجد أن فقهاء المالكية يتكلمون هنا عن الحيازة وليس تقـادم الديون . كما نجدهم أيضـا لا يجعلون هـذه العلاقة الخاصة سببا لوقف الحيازة ودوام هـذا الوقف ، وإنمـا جعلوها ـ مع تحديد نوع التصرف في الحيازة ـ سببا لإطالة مدة الحيـازة فحسب ، بحيث لا تسمع الدعوى بعد هذه المدة ، يقول ابن عاصم في أرجوزته:

والأقربون حـوزهم مختلف	بحسـب اعتمارهم يختلف
فإن يكن بمثل سـكنى الدار	والزرع للأرض والاعتمار
فهو بما يجـوز الأربعيـن	وذو تشـاجر كالأبعديـن

يقول التاودي في شرح هذه الأبيات : (والأقربون) كالإخوان والأعمام وأبناء العم والخال ، وفي معناهم الأصهار والموالي (حوزهم) أي أمد حوزهم (مختلف بحسب اعتمارهم) أي تصرفهم في المحوز (يختلف. فإن يكن بمثل سكنى الدار والزرع للأرض والاعتمار) للحوانيت (فهو بما يجوز الأربعين) عاما إذا لم يكن بينهم تشـاجر ولا عداوة (وذو تشاجر كالأبعدين) يكتفى فيهم بعشر سنين[2].

ولا يعترض بأنه قد ورد في بعض المصادر التي أشار إليهـا الدكتور حامد ، الإشارة إلى أن هذه العلاقة ذكرت ضمن موانع الحيازة ، مثل قول ابن فرحون '' ويشترط في الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز ، ولا بينه وبينه قرابة ولا مصاهرة ولا مصادقة ولا شركة ''[3]، لأن ابن فرحون يتكلم هنا عن تأثير هذه الموانع على حيازة الأجنبي غير الشريك ، والتي مدتها

---

(١) السابق ص ٢٥٨ .

(٢) حلي المعاصم ٢/٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(٣) تبصرة الحكام ٢/٨٤ .

عشر سنين ، ولذا فقد أورد ابن فرحون نفسه قوله هذا تحت عنوان (فصل في حيازة الأجنبي على الأجنبي الحاضر الرباع والعقار) ، ولهذا أيضـا فقد أنهى قوله السابق بأنه سيتناوله بالبيان بعـد ذلك ، وهو ما قام به بالفعل في (فصل في صفة الحيازات ومراتبها) ومما ذكره فيه أنه أورد أقوال أئمة مذهبه في مدة حيازة الأقارب والأصهار، والتي تطول فحسب عن مدة حيازة الأجنبي ، لا أن تظل دائمة كأسباب الوقف حال دوامها .

كما أن خليلا احترز في متنه من ذكـر الأقارب والأصهار في حيـازة السنين العشر ، وذلك بالنص على حيازة الأجنبي ، يقول : '' وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه ''[1] ، ثم أشار بعـد ذلك إلى الخلاف في مدة حيـازة الأقارب . كمـا أنه ليس هناك خلاف بين فقهـاء المالكية في أن التصرف في الحيازة إذا كـان من أعمال التفويت ، فإنه لا يجدي معه قرابة ولا غيرهـا ، حيث لا تسمع دعوى القريب في ذلك[2] .

هذا عن تأثير هذه العلاقة في إطالة مدة الحيازة ، أما عن تأثيرها في تقادم الديون ، فإنها تعد سببا لإطالة مدته أيضا أو وقفه ، إذا دلت قرائن الأحوال على ذلك ، يقول الدردير : '' وأما الديون الثابتة في الذمم ، فقيل يسقطها مضي عشرين عاما مع حضور رب الدين وسكوته ـ وهو قول مطرف ـ ، وقيل مضي ثلاثين ، وقيل لا تسقط بحال ، وقيل غير ذلك ، إلا أن القول بأنه يسقطها مضي السنتين بعيد جدا ، والأظهر الرجوع في ذلك للاجتهاد في حـال الزمن والدين والناس . وا أعلم''[3] .

يقول الصاوي في شرح ما أظهره الدردير : '' قوله (في حال الزمن والدين والناس) أي فيعمل بقرائن الأحوال ، فشـأن الغني يمهل أحباءه الزمن

(١) خليل ومعه شرحه مواهب الجليل ٢٢١/٦ .

(٢) والحنفية على هذا أيضا في دعوى القريب . حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ ٤٧٣/٥ ، ٤٧٤ .

(٣) الشرح الصغير ـ على هامش بلغة السالك ـ ٣٨٠/٢ .

الطويل ، وشأن الفقير المحتاج لا مهلة عنده ، لاسيما إن كـان من عليه الدين غير صاحب . وا أعلم ''[1] . ولا يخفى صحة هذا القـول هنا ، وفي الحيازة أيضا .

العلاقات الخاصة في القانون

اعتد القانون بعلاقة الزوجية والقرابة بجعلها سـببا لوقف التقـادم ، فقد نصت المادة (١/٣٨٢ مدني) على أنه '' لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسري التقادم فيمـا بيـن الأصيل والنائب ''[2] . وقد برر الفقـه والقضاء هـذه المادة بأن '' علاقة الزوجية والوئام بين الزوجين تحـول دون اتخاذ الإجراءات القانونية لصون حقوقهما ، أحدهما نحو الآخر ، ولذلك يجب اعتبار سريان المدة موقوفا بينهما ما دامت الزوجية قائمة . بيـد أنه لا يمكن القـول بصفة مطلقة بوقف التقادم بين الزوجين ، وإنما يدخل في تقدير سلطة القاضي الموضوعية ما إذا كانت هـذه العلاقة مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة ، بحسب ما يبين من ظروف كل دعوى على حدة .

وقد قضي بأن صلة القرابة ، مهما كانت درجتها ، لا تعتبر في ذاتهـا مانعا أدبيا ، بل يرجع في ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة ، تستخلص منها محكمة الموضوع قيام أو انتفاء المانع الأدبي ، دون معقب عليها في ذلك ، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة ''[3] .

---

(١) بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

(٢) برغم أن هذه المادة وردت في التقادم المسقط ، فإن حكمها يسري على التقادم المكسب أيضا ، إذ تنص المادة (٩٧٣ مدني)على أنه '' تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ووقف التقادم وانقطاعه ، ..... '' .

(٣) التقـادم ، علي أحمد حسن ، بند ٣٦ ص ٥١ ، ٥٢ وقد أشار في حاشيته إلى : نقض مـدني ١٩٨٣/٢/١٧ ، الطعن ١٢٢٣ لسنة ٤٩ .

ومن العلاقات الخاصـة التي توقف سريان التقادم أيضـا ، العلاقة بين الأصيل والنائب ، وقد ورد نص صريح في هـذا المعنى (١/٣٨٢ مدني) . ويدخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك في حدود أعمال الوكالة . كمـا تدخل العلاقة ما بين الولي أو الوصي أو القيم بالمحجور مادام الحجر قائمـا ، وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوي والمدير ما دامت صفة الإدارة قائمة، وعلاقة المخدوم بالخادم طوال مدة التعاقد؛ إذ بين كل من أولئك وهؤلاء صلة تبعث على الاحترام أو الثقة أو الرهبـة ، يتعذر معها على صاحب الحق أدبيا أن يطالب بحقه . ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعـا أدبيا من شأنه وقف التقـادم ؛ لأن الحكومة لا تسـيطر على موظفيهـا السـيطرة التي تبعث في أنفسهم الرهبـة التي تمنعهم من المطـالبة بحقوقهم[1] .

والمانع الأدبي في هذا الخصوص ، الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه فيقف سريان التقادم ، شأنه شأن المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فيجيز الإثبات بالنية فيما كان يجب إثباته بالكتابة[2].

ومن العلاقات الخاصة التي توقف سريان التقادم كذلك الاتفاق بين طرفي النزاع ، فيمكن أن '' يقف سريان التقادم بناء على اتفاق يتم بين ذوي الشأن ، فقد يرغب الدائن أن يسوي نزاعه مع المدين أو الحائز وديا عن طريق التحكيم أو التصالح ـ وقد تكون مدة التقادم أوشكت على الانتهاء نتيجة الاتفاق بينهما ـ على أن يقف سريان التقـادم حتى يتم التوصل إلى التسوية خلال الفترة التي يستغرقها التحكيم ، ومثل هـذا الاتفاق صحيح ، ينتج أثره في وقف سـريان التقادم ''[3] .

---

(١) السابق بند ٣٧ ، ص ٥٣ .

(٢) أحكام التقـادم ، د. عبد الحميد الشواربي ـ أسـامة عثمان ، ص ١٥١ ، منشأة المعـارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

(٣) السابق ص ١٥٢ .

وإذا كان هـذا هو موقف القانون من هـذه العلاقات ، فإننا في الفقـه الإسلامي يمكن أن نقيسها على ما سـبق ذكره في علاقة الزوجية والقرابة ، سواء في الحيازة أو تقادم الديون .

السبب الخامس الإفلاس

ويتصور هذا السبب في كلا التقادمين ، أما إفلاس المدعي في الحيازة فقد سبق الكلام عنه في السبب الثالث الخاص بعوارض الأهلية ، وقلنـا إن المحوز عليـه المدين قد لا يطالب الحـائز الدائن بالمال المحوز خوفا من أن يطالبه بالدين ولا يجد من أين يعطيه ؟. وأما إفلاس المدعى عليه الحائز فمثاله تصرف الحائز في المحوز - عقارا كان أو منقولا - ثم استهلاك ثمنه مع إفلاسه ، أو ضياع المحوز المنقول منه مع إفلاسه أيضـا . وكل من إفلاس المدعي والمدعى عليه يعد سببا موقفا للتقادم .

وأما تقادم الديون فقـد اعتبر الحنفية ثبوت إعسار المدعى عليه المدين عذرا يوقف سريان التقـادم[1] ، ولم أر من ذكر الإفلاس ضمن الأعذار عنـد المالكية خلال تناولهم تقادم الديون ، على أنه يمكن قياسه بأولى على ما ذكروه في الحيـازة من وقف سريان المدة بسبب إفلاس المدعي المدين للحائز ؛ إذ إن الإفلاس هنا - تقادم الديون - يخص المدعى عليه المدين .

هذا عن إفلاس المدعى عليه في تقادم الديون ، أما إفلاس المدعي فيه أيضا فلا شك في كونه لا يعد سببا موقفا للتقادم ؛ إذ إنه أدعى للمطالبة بالدين ، يقول الصاوي : '' شأن الفقير المحتاج لا مهلة عنده ، لا سيما إن كان من عليه الدين غير صاحب ''[2] .

---

(١) ابن عابدين ٣٤٣/٤ ، ٣٤٤ .

(٢) بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

الإفلاس في القانون

ذهب القانون ، فقها وقضاء ، إلى أن حالة الإفلاس لا يترتب عليها وقف سريان التقادم بالنسبة لحقوق المفلس ضد الغير، أو حقوق الدائنين ضد المفلس؛ لأن حكم الإفلاس لا يمنع دائني المفلس من اتخاذ الإجراءات القانونية التي تقطع التقادم ، فإذا أرادوا الحصول على حقوقهم من أموال المفلس فما عليهم إلا تقديم ديونهم في التفليسة وعرضها على التحقيق ، وفي هذه الحالة يعتبر التقديم بالدين بمثابة إقامة الدعوى للمطالبة به .

أما دعاوى المفلس ضـد مدينيه فيباشرها السنديك ، ومن واجب هـذا الأخير المطالبة بحقوق المفلس وقبضها والتخالص عنها ، ومن ثم فلا تعتبر رفع يد المفلس عن إدارة أمواله سببا لوقف سريان التقـادم في دعاواه وحقوقه قبل مدينيه[1] .

السبب السادس الارتداد عن الإسلام

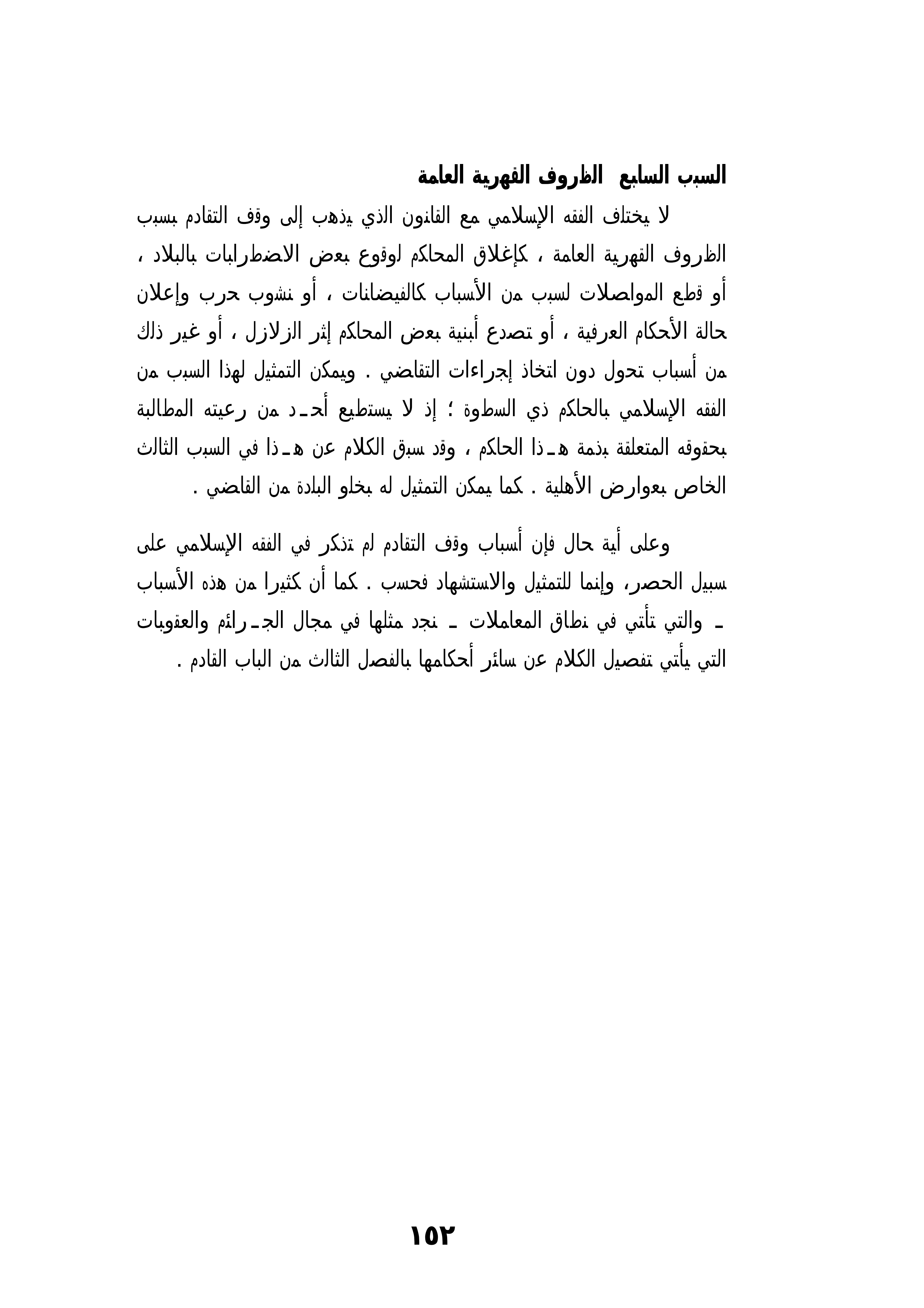
تناول الإباضية أثر اختلاف الدين في الحيازة، من ذلك أنهم جعلوا ارتداد الحائز عن الإسلام سببا لوقف الحيازة ، فقـد جاء في شرح النيل أن من عمر بعض المدة فارتد فلا تثبت له ولو أتم المدة ، وإن رجع من الارتداد بنى على ما قبل الارتداد . ومن ارتد بعدما تمت المدة فهي له بالحيـازة . وإن ارتد صاحب الأرض فلا يضر الداخل ، وتثبت عليه الحيازة[2] .

وربما يكون الإباضية على غير صواب في هذه الجزئية ؛ إذ إن المرتد ـ ما لم يحكم بقتله ـ يستوي مع غيره في أحكام الحيـازة ، فهي لا تعتمد على العقيدة وإنما على العرف وشواهد الحال .

---

(١) التقادم بند ٣٤ ص ٥٠ ، ٥١ بحذف يسير .

(٢) شرح النيل ٥٢١/١٣ ، ٥٢٢ وتجدر الإشارة إلى أنني لم أقف على هذا السبب عند الحنفية ولا المالكية .



السبب السابع الظروف القهرية العامة

لا يختلف الفقه الإسلامي مع القانون الذي يذهب إلى وقف التقادم بسبب الظروف القهرية العامة ، كإغلاق المحاكم لوقوع بعض الاضطرابات بالبلاد ، أو قطع المواصلات لسبب من الأسباب كالفيضانات ، أو نشوب حرب وإعلان حالة الأحكام العرفية ، أو تصدع أبنية بعض المحاكم إثر الزلازل ، أو غير ذلك من أسباب تحول دون اتخاذ إجراءات التقاضي . ويمكن التمثيل لهذا السبب من الفقه الإسلامي بالحاكم ذي السطوة ؛ إذ لا يستطيع أحـد من رعيته المطالبة بحقوقه المتعلقة بذمة هـذا الحاكم ، وقد سبق الكلام عن هـذا في السبب الثالث الخاص بعوارض الأهلية . كما يمكن التمثيل له بخلو البلدة من القاضي .

وعلى أية حال فإن أسباب وقف التقادم لم تذكر في الفقه الإسلامي على سبيل الحصر، وإنما للتمثيل والاستشهاد فحسب . كما أن كثيرا من هذه الأسباب ـ والتي تأتي في نطاق المعاملات ـ نجد مثلها في مجال الجـرائم والعقوبات التي يأتي تفصيل الكلام عن سائر أحكامها بالفصل الثالث من الباب القادم .

المبحث الثالث

أثـر وقف التقـادم

أولاً ذهب الحنفية والمالكية إلى وقف سريان التقادم طول فترة العذر، وأن الدعوى تسمع بعد زواله حتى لو انقضت مدة التقادم ، أي يجب إسقاط فترة العذر من مجموع مدة التقادم[1] . وبجانب هـذا القول أضاف الإباضية قولين آخرين ، وفيمـا يلي نورد ما نصوا عليه ، ثم تحليل الدكتورعبد الجواد له ، ثم مناقشة الدكتور عبد الجواد في تحليله .

يقول الثميني : من مكث في الأصل ثلاث سنين ، والمدعي حاضر ، ثم غاب أربع عشرة ، ثم قدم فمكث فيه ثلاثا بعد قدومه ، ثم عارضه ، فهل يشهد له بالحيازة أو حتى يمكث عشرين متوالية ؟ قولان[2] .

ويشرح أطفيش ذلك بقوله : (من مكث في الأصل ثلاث سنين) أو أقل بلا حد للقلة ، لكـن مع العلم بمقدارها (والمدعي حاضر ، ثم غاب) أو جـن (أربع عشرة) سنة أو أقل أو أكثر(ثم قدم فمكث فيه) من هي[3] بيده (ثلاثا بعد قدومه) أو أقل أو أكثر[4] بحيث تتم مدة الحيـازة بما حضر وما غاب أو

---

(١) تكملة ابن عابدين ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ ـ شرح المجلة ٩٩٠/٢ ـ التسولي ٢٥٤/٢ ، ٢٥٥ وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية والمالكية قد اسـتثنوا من الاعتداد بأثر الوقف تكرار القدوم والغيبة ، يقـول صاحب التكملة : لو كان المدعي أو المدعى عليه غائبا مسافة السفر ، ثم حضر مرارا فـي أثنـاء المدة التي هي خمس عشرة سنة وسكت ، ثم أراد أن يدعي بعد ذلك ، فلا تسمع دعواه . كـذا فـي فتاوى علي أفندي . التكملة ٣٤٨/١ . ومثله في التسولي ٢٥٤/٢ .

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الشيخ أبا زهرة بعـد أن ذكر بعضا من الأعذار السابقة علق عليها بقوله : '' فإذا حدث عذر من هـذه الأعذار في أثناء المدة فالمدة السـابقة عليه تعتبر ملغاة ، ويكون احتساب المدة من وقت زواله '' ـ الملكية ونظرية العقد ص ١٤٨ ـ وفي هـذا خلط بين أثر وقف التقادم وبين انقطاعه الذي سيأتي في الفصل التالي .

(٢) النيل وشفاء العليل ٥١٩/١٣ ، ٥٢٠ .

(٣) الضمير يعود على معنى الأصل مثل الأرض .

(٤) في الأصل : كثر . والأنسب ما ذكر أعلاه .

تزيد ، أو حضر ثم غاب مرارا أكثر بحيث تتم المدة أو[1] تزيد ، أو مرتين فقط كذلك . وهذا التمثيل لقول عشرين ، وكذا غيره من الأقوال إذا غاب بعض المدة وحضر بعضا، بحيث تتم المدة بما حضر وما غاب (ثم عارضه) بعـد تمامٍ ؛ بتلفيق ما غاب وما حضر (فهل يشهد له بالحيازة) بناء على التلفيق ، أيام الحضور وأيام الغيبة، استصحابا لغيبته على[2] المكث، وحكما لها بالحضور وإذا[3] غاب بلا إنكـار (أو) لا (حتى يمكث عشرين) سنة أو غيرها بحسب الأقوال (متوالية) أي تامة ، لا يحسب فيها ما غاب ، ولا يعتبر فيهـا أوقات الحضور التي تتم المدة فيهـا ، لكنها تنفصل ، بل يحضر حضورا متصلا تمت فيه المدة . وهو الصحيح ؛ لأن الحديث يقول : وعمرها[4]. وهو في غيبته غير عامر لها (قولان) ثالثهما تلفيق أيام الحضور حتى تتم فيهـا المدة وإلغـاء ما بينها من أوقات الغيبة. وكذا إن كان تارة يغيب المدعي وتارة الماكث . والجنون في ذلك كالغيبة . وهو الصحيح لشرط التوالي .

وفي "الديوان"[5] : من حاز أرض رجل في الحـال الذي تجوز عليـه الحيازة ، فتحول إلى الحـال التي لا تجوز عليـه فيه الحيازة ، مثل الجنون أو الغيبة قبل أن تتم مدة الحيازة ، ثم أفاق أو قدم الغائب ، فإن الذي حاز عليه أولا يبني على ما مكث فيهـا أولا قبل الجنون والغيبة حتى تتم مدة الحيازة . وكذا صاحب الأصل ، إذا كان يجيء ويذهب ، ويزول عقله ويصحو ، فلا يحسب له ما غاب فيـه وما زال عقله فيه . ومنهم من قال[6] : إذا كـان المدعي يجيء

---

(١) في الأصل : لو . والصواب ما ذكر أعلاه .

(٢) في الأصل : عن . والملائم ما ذكر أعلاه .

(٣) في الأصل : إذ . والملائم ما ذكر أعلاه .

(٤) وهو حديث '' من حاز أرضا وعمرها عشر سنين ، والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر ، فـلا تقبل حجة للخصم فيها ''. وانظر أصل هذا الحديث : مراسيل أبي داود ، باب ما جاء في القضاء، رقم ٣٩٤ وقد سبق في مواضع عدة : ص ٢٤ ، ٣٢ ، ٦١ ، ٨٣ ، ٩٣ .

(٥) أي كتاب ''ديوان الأشياخ'' وهو من أهم المصادر الفقهية عند الإباضية .

(٦) ليس بالأصل ، وقد اقتضاه السياق .

ويذهب ، ويجن ويصحو ، ولا ينكر حين يجيء أو يصحو ، فإنه يحسب عليـه وقت الغيبة أو الجنون مع وقت الحضور والصحو[1] .

وقد أورد الدكتورعبد الجواد هذا النص تحت عنوان (وقف مدة الحيازة ـ الحيازة المتقطعة) ، وقد علق عليه بقوله : '' يفهم من هذا النص :

١ ـ يتحدث هذا النص عما يمكن تسميته الحيازة المتقطعة، وهي الحيازة التي تقع صحيحة مستوفية لشروطها ، ثم يحدث مانع أو عذر للمحوز عليه أو الحائز ، يمنع أعمال الحيازة لصالح الحائز ، ثم يزول المانع أو العذر بعد مدة ، فتعود الحيازة صحيحة عاملة ، ومن أمثلة الموانع أو الأعذار غياب أو جنون الحائز أو المحوز عليه .

٢ ـ اختلفت الأقوال في كيفيـة حساب المدة في حالة الحيازة المتقطعة ، ويبلغ عددها ثلاثة أقوال ، بالوضع الآتي :

الأول وهو الذي يرجحه الشـارح ، أن تكـون مدة الحيازة متصلة أو متوالية . ويستند هـذا القول إلى أن حديث رسول ا صلى ا عليه وسلم يقول ''وعمرها ''، والحائز الغائب غير عامر للأرض التي يحوزها ، كما أن غياب المحوز عليه يجعله غير حاضر لحيازة ماله .

الثاني أن توقف مدة الحيازة في وقت تحقق العذر أو المانع ، ثم تعـود إلى السريان بعـد زواله . وتتم مدة الحيـازة بضم المدد الصحيحة فقط ، دون المدة التي وجد فيها العذر أو المانع . وهذا هو وقف مدة التقادم في القانون .

الثالث أن تحسب مدة الحيازة من بدايتها إلى تمامها ، بحيث '' تتم مدة الحيـازة بما حضر وما غاب ..... ؛ استصحابا لغيبته على[2] المكث ، وحكما لها بحكم الحضور '' كما يقول النص .

(١) شرح النيل ٥١٩/١٣ ، ٥٢٠ .

(٢) راجع هامش ٢ السابق .

ونحن نرجح القول الثاني، لا لأنه المتفق مع الحكم في القانون الوضعي، بل لأنه المتفق مع واقـع الأمور . وأما الاحتجاج بأن الحديث يتطلب عمارة الأرض ، وعمارتها تتطلب الحضور الدائم للحائز ، فيمكن الرد عليه بأن معظم أعمال العمارة قد تتم مرة واحدة، كالمباني أو زراعة الأشجار وغيرها. ويضاف إلى ذلك أن الحائز يجوز له أن يحوز بواسطة غيره ، كمـا سبق أن نقلنا عن الشارح نفسه[1] .

أما القول الثالث ففيه مراعاة ظاهرة لمصلحة الحائز على حساب مصلحة المحوز عليه ، وهو ما يأباه الاتجاه العام في فقه المذهب المالكي ، كما سبق أن رأينا ، ولو طبقنا معيار هذا المذهب ، لرجحنا القول الأول ؛ لأنه أكثر مراعاة لمصلحة المحوزعليه ''[2] .

ونورد فيما يلي بعض الملحوظات على كلام الدكتور عبد الجواد :

١ ـ في تفسير معنى استمرار الحيازة عند الإباضية ، فقد ذهب الدكتور عبد الجواد إلى أنهم يفسرون الحديث بمعناه الحرفي ، أي استمرار الحيازة الذي لا ينقطع أدنى انقطـاع ، حتى لو كانت طبيعة الشيء المحوز تسمح به ، يقول ـ كما سبق ـ : وأما الاحتجاج بأن الحديث يتطلب عمارة الأرض ، وعمارتها تتطلب الحضور الدائم للحائز ، فيمكن الرد عليه ..... إلى آخر ما ذكره .

وبمعاودة النظر في كلامهم نجد أنهم لم يذكروا أن المقصود بالاستمرار هو ما يخالف العرف ، فلم يقولوا مثلا بأن الانقطاع اليسيرعن المحوز ـ كأن يأتي على فترات متقاربة لمتابعة زراعة الأرض مثلا ـ يعد عيبا في الحيازة ، بل إننا نجد صاحب النيل يضرب مثالا للعذر بأربع عشرة سنة متصلة .

كما أن استشهاد الشارح بما جاء في الحديث ''وعمرها'' على لزوم استمرار الحيازة ، ليس فيه تعارض بينه وبين غياب المدة اليسيرة التي لا يعدها

---

(١) انظر ما قاله الشارح في ذلك . شرح النيل ٥٢١/١٣ ، ٥٢٢ .

(٢) الحيازة والتقادم بند ٢٣٦ ، ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ .

العرف ـ بحسب طبيعة المحوز ـ غيابا ، أي إن الحديث يتجه إلى الغياب الذي لا يرى معه الحيازة والإعمار .

وما ذكره الدكتور عبد الجواد في اعتراضه ، من أن أعمال العمارة قد تتم مرة واحدة كالمباني أو زراعة الأشجار وغيرها ، فغير مسلم به أيضا ؛ لأن مقصود العمارة في الحديث هو أن يظهر الحائز مظهر المالك طول مدة الحيازة بمعناها العرفي لا الحرفي ، لا أن يبدأ بهذا المظهر ثم يظل بقية مدة الحيازة لا ذكر له . كما أن من الحيازات ما يستدعي الحضور شبه الدائم كسكنى الدار وغيرها .

وكذلك لا يعترض على الشارح بأن الحائز يجوز له النيابة في حيازته ، فلا يشترط استمرار الحيازة ؛ لأن حيازة النائب لا تختلف عن حيازة الأصيـل في وجوب كونها لا توصف بعيب عدم الاستمرار ، فلا توجد صلة بين حيازة النائب وبين الحيازة المتقطعة .

٢ـ كما يلاحظ أن الدكتور عبد الجواد عندما عرض الأقوال الثلاثـة السابقة، ألحق العذر للحائز والمحوزعليه ، ولكن إذا تأملنا كلام الإباضية السابق نجد أنهم يخصون القول الأول ـ الخاص باشتراط توالي الحيازة ـ بكون العذر جهة الحائز وحده ، أي عندما يخص العذر الحائز وحـده يصبح في المسألة الأقوال الثلاثة السـابقة ، أما إذا كـان يخص المحوز عليه وحده يصبح فيهـا قولان ، الثاني والثالث دون الأول ؛ لأن الشـارح عندما تناول القوليـن الأول والثالث لم يكن يتكلم إلا عن عذر الحائز وحده .

وعندما قال الشارح في نهاية القول الثاني '' وكـذا إن كان تارة يغيب المدعي وتارة الماكث '' ، فإنه لم يرد إلحاق كلامه هذا بالقولين الأول والثالث، وإنما بالقول الثاني وحده ، يدل على هـذا دليلان : أولهما ما استدل به للقول الأول ، وهو ما جاء في الحديث ''وعمرها'' ، فهذا متجه للحائز وحده دون المحوز عليه ؛ إذ لا تأثير لغياب المحوز عليه أو حضوره على عمارة الحـائز

للمحوز أو عدم عمارته . والدليل الآخـر يتمثل فيما نقله الشارح عن الديوان ، الذي اقتصر مؤلفه على القولين الثاني والثالث في حالة وجـود العذر في جانب المحوز عليه وحده .

وبناء على هذا فإن قول الدكتورعبد الجواد في نهاية القول الأول '' كما أن غياب المحوز عليه يجعله غير حاضر لحيازة ماله '' ، وما يترتب على هذا القول من استئناف مدة الحيازة من جديد ، قوله هـذا هو من عند نفسه ، ولا علاقة له بما نقله عن الإباضية .

٣ـ ومما يلاحظ أيضـا ، أن الدكتور عبد الجواد ذكر أن القول الثاني موافق للقانون ، وأن ترجيحه له ليس لأجل ذلك ، وإنما لاتفاقه مع واقع الأمور، ثم أخذ يناقش القولين الأول والثالث .

وما يلاحظ هنـا هو أن رأي القانون ليس كما قال الدكتورعبد الجواد ، فلم يذهب القانون إلى أن عذر الحـائز يخصم من مدة الحيـازة وتضم الفترات الصحيحة وحدها ، وإنما ذهب إلى اعتبار فترة العذر القهري فترة حضور ، أي تحسب ضمن مدة الحيازة ، أما إذا ترك الحائز حيازته دون عذر ثم عاد إليهـا فإنه يستأنف من جديد، ويصبح ما سبق من حيازته كأن لم يكن ، وهذا ما يعرف بانقطاع التقادم[1] . وأما إذا كـان العذر في جانب المحوز عليـه فرأي القانون ـ كما قال الدكتورعبد الجواد ـ هو إسقاط فترة العذر من مدة الحيازة وضم الفترات الصحيحة وحدها .

وأخيرا ، فإنه يجدر التنويه إلى أنه قد سبقت الإشارة إلى أن شارح النيل قد رجح القـول الخاص بشرط التوالي ، مستدلا في ذلك بمـا ورد في الحديث ''وعمرها'' ، بيد أنه عندما تكلم عن النيابة في الحيازة اقتصر على غير ما رجحه ، يقول : '' وإن زال عقل الداخل بنى هو إذا صحا أو خليفته أو عبده أو ولده على ما قبل زواله ، وإن عمر أرض غيره فسافر ثم رجع بنى على ما قبل

---

(١) الحيـازة ، د. محمد المنجي ، بند ١٣ ، ص ٥٢ : ٥٥ .

السفر ، وكذلك إن كان يجيء ويذهب يصح كل ما عمر في مجيئه ''[1] .

ويمكن الجمع بين قوليه بأن يحمل كلامه هنا على عدم الإنكار والدعوى ضده ، يعضد من هذا ما جاء في نص كلامه الأول السابق نقله ، وهو: '' (ثم عارضه) بعـد تمام المدة بتلفيق ما غاب وما حضر (فهل يشهد له بالحيازة) بنـاء على التلفيق ، أيام الحضور وأيام الغيبة ، استصحابا لغيبته على المكث ، وحكما لها بحكم الحضور وإذا غاب بلا إنكار ''[2] .

ثانيا وأما الأثر الثاني لوقف التقادم ، فهو ما يخص نطاقه ، حيث لا يجوز أن يتمسك بوقف سير التقادم إلا الشخص الذي تقرر الوقف لصالحه ، كما لا يسري إلا على الأشخاص الذين يحق التمسك به ضدهم .

فإذا كان المحوز مملوكا على الشيوع لعدة شركاء بينهم قاصر ، لم يقف سـريان التقـادم إلا بالنسبة لهذا الأخير ، إلا إذا كانت الحيازة تهدف إلى كسب حق ارتفاق ، وهو بطبيعته حق غير قابل للتجزئة ، ففي هـذه الحالة يمتد وقف سريان التقادم ليفيد منه جميع الشركاء .

وإذا وقف سير التقـادم لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، بأن كان مثلا ناقص الأهليـة ، فإن التقـادم يقف بالنسبة إليـه وحده ، دون باقي الدائنيـن المتضامنين ممن لا يقوم لهم سبب الوقف .

وإذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل ، تقتضي إذا وقف التقـادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للتجزئة ، أن يقف التقادم بالنسبة إلى الآخرين[3] .

---

(١) شـرح النيل ٥٢٢/١٣ .

(٢) السـابق ٥٢٠/١٣ .

(٣) أحكام التقادم ، بيسير حذف ، ص ١٥٤ . وانظر وسيط السنهوري ١٣٩٦/٩ .

الفصل السابع

انقطـاع التقــادم

المبحث الأول معنى انقطاع التقادم

المبحث الثاني أسباب انقطاع التقادم

المبحث الثالث أثــــر انقطاع التقادم

المبحث الأول

معنى انقطاع التقادم

يمكن توضيح معنى الانقطاع بأن نذكر الفرق بينه وبين وقف التقـادم ، يقول الدكتور حامد : '' يقتصر الفرق بين وقف مضي المدة وانقطاع مضي المدة ، في أن الوقف لا يؤثر على المدة السابقة لحدوث العذر ، ولا على الفترة اللاحقة لزواله ، بينما الانقطاع يؤثر على الفترة السابقة لحدوثه دائمـا ، ويلغي أثرها تماما ، وتبدأ بعده مدة جديدة ، إلا إذا كان سبب قطع التقـادم هو الإقرار بالحق من المدعى عليه ، فإذا أقـر المدعى عليه بالحق فلا يستطيع أن يدفـع بمضي المدة بعد ذلك . وأيضـا أسباب الوقف تحدث بلا تدخل من المدعي أو المدعى عليه ، بخلاف أسباب القطع فهي تحدث بإجراء يتخذه واحد منهما ''[1].

وما قرره الدكتور حامد في الجزء الأول من قوله ، يمكن الاستدلال له بما ذكره ابن عابدين ، يقول : '' عدم سماعها[2] حيث تحقق تركها هذه المدة ، فلو ادعى في أثنائها لا يمنع ، بل تسمع دعواه ثانيـا ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هـذه المدة ''[3] . فيفهم من هـذا النص أن الفترة السابقة على الدعوى المقامة أثناء المدة لا يعتد بها ؛ لأنه يمكن سماع الدعوى ثانية طول مدة التقادم غير مطروح منها هذه الفترة .

أما ما ذكـره في الجزء الآخر ، من أن أسباب الوقف تفترق عن أسباب القطع ، في أنها تحدث بلا تدخل من المدعي أو المدعى عليه ، بخلاف أسـباب القطع فإنهـا تحدث بإجراء يتخذه واحد منهما : ما ذكره هـذا ليس لازما ؛ فقد يحدث وقف التقادم نتيجة تدخل أحد الطرفين أو كليهما ، مثل الاتفاق الذي يعقده طرفا النزاع على وقف سريان التقـادم ؛ انتظارا لنتائج المفاوضات بينهما[4] ،

---

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٦٣ .

(٢) أي الدعوى .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

(٤) سبق التعرض لهذا ص ١٤٩ .

كما أن ارتداد الحائز عن الإسلام ثم عودته إليـه يوقف سريان التقادم ـ خلال فترة الارتداد ـ عند الإباضية[1] .

وإذا كـان يمكن أن نقارن بين أسباب الوقف وأسباب الانقطاع ، فيمكن القول بأن الأولى لم ترد على سبيل الحصر ، فكل سبب يحول بين المدعي وبين إقامة الدعوى يعد سببا لوقف التقـادم ، أما الأخرى فهي أسباب محددة بذاتها ، بحيث لا يقطع التقادم إلا بهذه الأسباب بعينها .

---

(١) سبق عرض ذلك ص ١٥١ .

المبحث الثاني
أسباب انقطاع التقادم

السبب الأول تخلي الحائزعن حيازته

يتصور وجود هـذا السبب في الحيازة دون تقادم الديون ، وقد سبق أن نقلنا نصا عن الإباضية في صدر أثر وقف التقـادم[1] ، وبجانب الاستدلال بهذا النص في وقف التقادم، فإنه يمكن الاستدلال به أيضا في انقطاعه ، حيث تعددت أقوال الإباضية في كيفية حساب مدة الحيازة للحائز الذي يترك حيازته بسبب الغيبة أو الجنون ، ومن هذه الأقوال القول بعدم الاعتداد بما مضى من الحيازة قبل العذر ثم استئنافها من جديد بعد زوال العذر ، وحساب المدة بهذه الكيفية هو ما يعرف بانقطاع التقادم .

تخلي الحائز عن حيازته في القانون

نص القانون ـ مادة ٩٧٥ مدني ـ على :

١ ـ ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائزعن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير.

٢ـ غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد .

وهذا الانقطاع هـو مما يعرف بالانقطاع الطبيعي ، وقد ذكر فقهـاء القانون أسبابا ثلاثة لتحققه :

١ ـ تخلي الحائز عن الحيازة اختيارا ، وذلك بأن يترك الحائز الشيء أو الحق بنية التخلي عن حيازته ، فتزول بذلك كافة الآثار التي ترتبت على الحيازة المـادية ، فإذا عاد بعـد ذلك إلى حيازته فلا تحسـب المدة الأولى ، وليس من الضروري أن يقابل الترك اعتـداء من الغير ، فوضع اليد يفترض ضرورة نية الحيازة ، فيزول إذا زالت هذه النية .

---

(١) راجع ص ١٥٣ ـ ١٥٥ هذا ولم أقف في مصادر الحنفية والمالكية على كلام لهـم فـي هـذا السبب .

والتخلي عن الحيازة يقطع التقادم ولو كان لزمن قصير ، فلا يشترط أن يستمر مدة سنة كما هو شرط إزالة الحيازة قهرا على ما سيجيء .

ومجرد امتناع الحائز عن الانتفاع بالشيء ، لا يترتب عليه قطع التقادم إذا لم يقصـد التخلي عن الحيازة[1] ، فقـد يختلف الاستعمال باختلاف طبيعـة الشيء ، فأحيانا تقتضي طبيعة الشيء استعماله كل يوم وعلى فترات متقـاربة جدا ، أو استعماله في فصول أو مواسم معينة من السنة . فالحائز الذي يحوز حق السكنى في مسكن معتاد يجب عليه ـ حتى تكون حيـازته مستمرة ـ أن يسكن العين ، ولا ينقطع عن سكناها ، إلا لمانع يحول دون ذلك كالسفر مثلا ، وقد قضت محكمة النقض بأن كف الحائز عن استعمال حقه في بعض الأوقات بسـبب قهري ، لا يفيد أن الحيازة متقطعة ، ولا يخل بصفة الاستمرار . وأما الحائز الذي يحوز حق السكنى في مصيف أو مشتى ، فيكفي أن يقيم في العين في الصيف أو الشتاء حسب الأحوال[2] .

وإذا تخلى الحائز عن الركن المادي للحيازة ، بأن نزل عن وضـع يده إلى الغير على سبيل الإيجـار ، فلا يعتبر متخليا عن الحيازة تخليـا يؤدي إلى فقدها ، ولا يعتبر قاطعا للتقادم ؛ إذ لا يشترط أن يكون وضع اليد مباشرا ، أي بمعرفة نفس الحائز ، وإنما يجوز أن يكون غير مباشر ، أي بواسطة الغير .

٢ ـ فقد الحيازة بفعل الغير ، ينقطع به التقـادم انقطاعا طبيعيا ، سواء أحصل الفقد بفعل المالك أم بفعل الغير . ويجب لقطع التقـادم أن تزال الحيازة فعلا ، فمجرد الاعتداء اليسير على الشيء لا يكفي، ولا تفقد الحيازة إلا إذا حرم الحائز من الانتفاع بالعقـار مدة أكثر من سنة ، ويجوز للحائز القديم في خلال السـنة من وقت التعرض ، أن يرفع دعوى الحيازة لاسترداد العقار ، فإن نجح

---

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٤٧ ، ص ٥٩ ، ٦٠ .

(٢) الحيـازة ، د. محمد المنجي ، بنـد ١٣ ، ص ٥٣ ويجـدر التنويه إلى أنه برغم تخلف الركن المادي للحيازة أثناء وجود العذر القهري ، أو عند عدم التواجد إذا كانت طبيعة الشيء تسمح بذلك ، فإن الحيازة تتم بنية الحائز وحدها . راجع العنصر المعنوي للحيازة : الحيازة للمنجي ص ٢٥ .

في استرداده ـ ولو صدر الحكم بعد مضي السنة ـ فإن المدة الماضية تحسـب له ، أما إذا رفضت ـ ولو قبل انتهاء ميعاد السنة ـ فإن المدة تقطع .

٣ـ إذا أصبح الشيء محل الحيازة غير قابل للتقـادم ، فإن التقـادم ينقطـع[١] .

وبالنظـر ثانية إلى ما قاله الإباضية ، من الحكم باستئناف الحائز مدة الحيازة بعـد زوال عذره ، فإنه يمكن القول بأن هـذا الحكم ليس صوابا ؛ لأن العذر إذا كان يخص المحوز عليه فإنه يستفيد منه بوقف المدة ، ولذا ينبغي أن يكـون الحائز كذلك مادام قد ثبت عذره عن مواصلة الجانب المادي من حيازته فترة ما ، لذا فإن ما ذهب إليه القانون من اعتبار العذر القهري الخاص بالحائز فترة حيازة ، تضم إلى سابقتها من الحيازة الفعلية ، بحيث تصبح الحيازة بصفة عامة غير معيبة بعدم الاستمرار ، ما ذهب إليه يعد موافقا لواقع الحـال . كما أن للإباضية قولا ثانيا موافقا لهذا الأمر ، وقد سبق بيانه بالفصل السابق[٢] .

السبب الثاني المطالبة بالحق وما في معناها

اشترط الحنفية لقبول المطالبة وسماعها أن تتم في مجلس القضـاء ، يقول ابن عابديـن : '' رأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني في مجموعته أن شرطها ، أي شرط الدعوى ، مجلس القاضي ، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره كالشـهادة . تنوير ، وبحر ، ودرر . قـال : واستفيد منه جـواب حادثة الفتوى ، وهي أن زيدا ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ، ولم يدع عند القاضي ، بل طالبه بحقه مرارا في غير مجلس القضـاء . فمقتضى ما مر لاتسمع ؛ لعدم شرط الدعوى ''[٣]. وأما المالكية فمنهم من شرط مجلس القضاء ومنهم من لم يشترط ذلك[٤] .

---

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٤٨ ، ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢) وهو القول الثالث من أقوالهم السابق ذكرها بالمبحث الثالث من الفصل السابق .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

(٤) حاشية الدسوقي ٢٣٤،٢٣٣/٤،البهجة ٢٥٦،٢٥٥/٢، حاشية كنون على الرهوني ٥٠٩،٥٠٨/٧

وهذا الخلاف إذا كان له وجه قديمـا ، فإنه ينبغي الآن الاقتصار على القول باشتراط مجلس القضاء ، ليس ذلك لأن مجلة الأحكام العدلية أخذت به[1]، وليس لأن القانون لا يعتد أيضـا إلا بالمطالبة القضائية أو ما في معناها كالتنبيه والحجز ـ على ما سيأتي ـ ، وإنمـا يمكن تعليل اشتراط مجلس القضاء ، بأن مدة التقادم تكون غالبا كافية للمطالبة الودية أولا ، ثم المطالبة القضائية ثانيا ، أي أنها تعطي الفرصة كاملة لصاحب الحق في استخدام كلا الطريقين . كمـا سبق أن ذكرنا في الفصل السابق إلى أن من بين أسباب وقف التقـادم ، الاتفاق الذي يعقده الطرفان بينهما للمفاوضة والوصول إلى حل سلمي قبل طرق أبواب المحاكم ، بحيث يقف سريان التقادم طول هـذه الفترة ، ويستطيع صاحب الحق أن يحصل على إقرار موثق من خصمه ، بموافقته على وقف التقـادم لأجل التفاوض[2] ، بحيث يستطيع مقاضاته ـ بعـد مضي مدة التقـادم ـ إذا فشلت مفاوضتهما. كذلك يمكـن تعليل اشتراط مجلس القضـاء بتجنب شهادة الزور كالتقادم نفسه . وفضلا عن هذا كله فإن ولي الأمر له الحق في تنظيم مثل هذه الأمور ، بما لا يتعارض ومقاصد الشرع وما يعود بالصالح العام .

المطالبة بالحق في القانون

هذا وفي القانون تفصيلات مهمة تتصل بهذا السبب يجدر إثباتهـا ، من ذلك وجوب أن يكون الطلب منصبا على ذات الحق المهدد بالسقوط ، فلا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا في خصوص هـذا الحق ، أو ما التحق به من توابعه ، فإن تغاير الحقـان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الخاص بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر[3] .

---

(١) انظر المادة (١٦٦٦) فقد جاء فيها أن الدعوى والمطالبة عند غير القاضـي لا تـدفع مـرور الزمان ، ومن ثم لو ادعى أحد شيئا في غير مجلس القاضي وطالب به ـ وعلى هذا الوجـه وجـد مرور الزمان ـ فلا تسمع دعواه .

(٢) لا يلزم من هذا الإقرار إقرار الخصم أيضا بموضوع الحق ؛ لأن هذا الأخير هو سـبب آخـر لقطع التقادم ، وهو السبب القادم ص ١٦٩ .

(٣) أحكام التقـادم ، د.عبد الحميد الشواربي ، أسامة عثمان ، ص ١٧٧ .

وكذلك تعتبر مطالبة الدائن بجزء من المبلغ المبين بسند الديـن ، قاطعة للتقادم بالنسبة لباقي قيمة السند ، ما دام هـذه المطالبة الجزئية قد دلت في ذاتها على قصد الدائن في التمسك بحقه في باقي الدين ، وكان الثابت أن الحقين غير متغايرين ، بل يجمعهما في ذلك مصدر واحد[1] .

كما قد يكون قطع التقـادم ناتجا من بعض الإجراءات التي تعتبر في معنى المطالبة القضائية ، كالتنبيه والحجز والطلب الذي يتقدم به الدائـن لقبول حقه في تفليس أو توزيع .

أما التنبيه فهو تكليف المدين بالوفاء قبـل بدء التنفيذ الجبري ، بموجب سند تنفيذي (حكم قضائي أو سند رسمي) . وذهب البعض إلى أن التنبيه سبب لانقطاع التقادم المسقط دون المكسب ، لأنه يفترض أن صاحب حق شخصي يطالب مدينه ، ولكن البعض الآخـر يرى أن من المتصور أن يكون التنبيه سببا لانقطاع التقادم المكسب أيضا ، كمـا لو كان المالك قد حصل على حكم بطرد حائز العقار فيوجه إليه تنبيها بالإخلاء قبل البدء في إجراءات التنفيذ[2] .

وأما الحجز ، فقد يصح هنـا التساؤل عن الحكمة من تقرير الانقطـاع بالحجز ، ما دام التنبيه ـ وهو الإجراء السابق عليه ـ من شأنه أن يقطع التقادم أيضا ؟. والجواب أن الحجز يأتي على نوعين : حجز تنفيذي ، وحجز تحفظي ـ كحجز ما للمدين لدى الدائن ـ . ولا يلزم في الحجز التحفظي أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي أو أن يكون مسبقا بتنبيه، ولذا وجب النص على الحجز كعمل قاطع للتقادم . وحتى بالنسبة للحجز التنفيذي فإنه يترتب عليه قطع جديد للتقادم ، بخلاف القطع الناتج عن التنبيه الذي يسبقه[3] .

---

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند٧٠ ، ص٧٢ وانظر الحيازة د.محمد المنجي ص ١٨٦ .

(٢) أحكام التقـادم ص ١٧٩ .

(٣) السابق ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

وأما الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع ، فإنه لا سبيل لجمـاعة الدائنين عند إفلاس المدين ـ إن أرادوا الحصول على ديونهم ـ إلا التقديم لها في التفليسـة ، ويعتبر ذلك بمثابة إقامة دعوى للمطالبة بحقوقهم ، ويترتب على ذلك قطع التقـادم . وكذلك الأمر بالنسبة إلى الطلب الذي يتقدم به الدائن في توزيع موضوع الحق[1] .

وعلى أية حال فإن مبادئ الفقه الإسلامي لا تتعارض وهذه التفصيلات ، بيـد أن القانون ذهب إلى أن رفض الدعوى ـ أي من الناحية الموضوعية ـ وكذلك عدم قبولها ـ أي من الناحية الشكلية ـ ، ذهب إلى عدم اعتبار أيهمـا سببا قاطعا للتقادم ، وكـان ينبغي أن يذهب لقطعه بأيهما ـ خاصة الناحية الشكلية ـ قياسا على رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فقد عده القـانون قاطعا للتقـادم ، حيث نصت المـادة (٣٨٣ مدني) على أنه '' ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ، ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع ، وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى '' .

'' فالشارع لم يشـأ أن يرتب على الخطأ في الاختصاص ـ وقد يوجد ما يبرره في بعض الأحوال ـ زوال قوة إيداع صحيفة الدعوى من حيث أثرها القاطع للتقادم ، فقد ينشأ عن ذلك ضرر جسيم لا يمكن تلافيه ، إذ قد يكون زمن التقـادم انتهى في الوقت الذي يكتشف فيه المدعي خطأه ويريد تداركه ، فضلا عن أن رفع الدعوى ولو أنه حصـل أمام محكمة غير مختصة ، فإنه لا ينقص من كونه طلبا مظهرا لإرادة رافعها في أنه لا يريد ترك حقه يزول ''[2] . فكل من رفض الدعوى وعدم قبولها لا يقـل عن هذا ـ رفعها أمام محكمة غيـر مختصة ـ في الكشف عن إرادة المدعي في عدم ترك حقـه ، فينبغي أن يلحق به طالما دل عليها .

---

(١) التقادم المكسب والمسقط ص ٩٥ .

(٢) التقـادم بند ٥٧ ، ص ٦٦ .

السبب الثالث   الإقرار بالحـق

اتفق الفقهاء القائلون بعدم سماع الدعوى للتقادم ، على أن المدعى عليه إذا أقر أمام القاضي بحق المدعي فيما يدعيه ، فإنه يجب على القاضي أن يسمع الدعوى ـ حتى لومضت مدة التقـادم ـ ويحكم بالحق للمدعي ما دام المدعى عليه قد أقر بحق المدعي . وهذا الإقرار لا يعد قاطعا فحسب للتقادم ، إنما هـو في حقيقته يعد مانعا له ، بحيث لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع بالتقـادم بعد إقراره هذا .

ولكن هل يشترط أن يكون إقرار المدعى عليه بالحق أمام القضاء أم أن هذا ليس شرطا ؟. أجاب الدكتور حامد على هـذا التساؤل بقوله : '' لم يذكر الفقهاء هذا الشرط في الإقرار حتى يستفيد منه المدعي في قطـع المدة ، بل ذكروا أن الإقرار بالحق يجيز سماع الدعوى ، حتى ولو كانت المدة قد مضت .

وعلى ذلك فأرى ـ كما يفيـد بذلك ظاهـر كلام الفقهـاء ـ أنهم لا يشترطون أن يكـون اعتراف المدعى عليـه بالحق للمدعي أمام القاضي حتى يستفيد منه المدعي في قطـع المدة ؛ إذ إنهم لو اشترطوا ذلك لذكروا الشرط مقترنا بالإقرار ، كما ذكروه بالنسبة للمنازعة ، فقد اشترطوا فيها أن تكون عند القاضي حتى يستفيد منها المدعي في قطع المدة[1] .

وحيث إنهم لم يشترطوا مجلس القضاء كشرط لاعتبار الإقرار ، فيعتبر الإقرار حتى ولو لم يكـن أمام القاضي ، ويستفيد منه المدعي في سماع دعواه التي سقطت بمضي المدة ، وفي قطع المدة بالنسبة للدعوى التي لم تكتمل المدة فيها ، وذلك متى استطاع المدعي إثبات إقرار المدعى عليه له بالحق موضوع الدعوى ، سـواء كان ذلك بسـند مكتوب بخط المدعى عليـه وحاو توقيعه أو خاتمه ، أو بشهادة الشهود .

---

(١) وهذا هو رأي الحنفية وبعض المالكية كما سبق ذكره ومناقشته ص ١٦٥ ، ١٦٦ .

وجدير بالذكـر أن الإقرار من حيث هو ، لا يشترط لاعتباره أن يكون في مجلس القضاء حتى يؤاخذ به المقر ، ولم يذكر الفقهاء مجلس القضاء كشرط لاعتبار الإقرار ومؤاخذة المقر به ، إلا أن مجلة الأحكام العدلية قد اشترطت في الإقرار الذي يقطع مضي المدة ، أن يكون أمام القاضي ، فإن اعترف المدعى عليـه أن الحق موضوع الدعـوى هو ملك خاص للمدعي ، وكـان ذلك أمام القاضي ، فإن هـذا هو الاعتراف الذي يقطع المدة ، ويلغي أثر ما مضى منها، وكذلك إذا اعترف بعـد مضي المدة ، ودفع بسقوط الدعوى بمضي المدة ، فلا عبرة بدفعه هـذا ؛ لأن مضي المدة يسقط الدعوى عند الإنكـار فقط ، أما وقد اعترف فلا تسقط الدعوى ، ويؤاخذ المدعى عليه باعترافه ويحكم عليه .

أما إذا لم يقر المدعى عليه بالحق أمام القاضي ، وادعى المدعي أنه أقر بالحق في محل آخر ، وكان ذلك بعـد اكتمال المدة ، فلا يسمع القاضي هـذه الدعوى ؛ لأن الدعوى الأصلية قد سقطت بمضي المدة وإنكـار الخصم ، فلا يمكن من إثبات ما ادعاه من إقرار المدعى عليه خارج سـاحة القضاء ، ما دام منكرا أمام القاضي .

ولكن إذا استطاع المدعي أن يحصل على إقرار مكتوب ، بخط المدعى عليه وحاو توقيعه أو خاتمه ، يعترف فيه بالحق موضوع الدعوى ، ولم تمض المدة من تاريخ هذا الإقرار ، فإن الدعوى تسمع في هذه الحالة .

ويلاحظ تناقض المجلة في هـذا ؛ حيث أجازت للمدعي أن يثبت إقرار خصمه الذي صدر منه خارج ساحة القضـاء ، إذا كان بيده سند مكتوب بخط المدعى عليه وحاو توقيعه أو خاتمـه ، ولم تجز للمدعي إثبات إقرار المدعى عليه بشهادة الشهود ، مع أن الدعوى الأصلية قد سقطت في الحالتين ولا داعي للتفرقة ''[١] .

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ، ص ٢٦٨ : ٢٧٠ .

وتعليقا على ما ذكره الدكتور حامد في صدر كلامه ، من أن الفقهاء لم يشترطوا مجلس القضاء للاعتداد بالإقرار، يمكن القول بأن الأمر ليس كما ذكر، فقد اشترط مجلس القضاء بعض الفقهاء كصاحب تكملة ابن عابدين ، يقـول : '' الحق باق ويلزمه لو أقر به في مجلس القضاء ، فلو قال : لا أسلمها لمضي هذه المدة مع عدم دعواه علي ، وهو مانع منها . لا يلتفت إلى تعلله وتنزع من يده . فلو ادعى أن المدعى عليه أقر لي بهـا في أثناء هذه المدة ، وهو ينكره ، ينبغي ألا تسمع أيضـا ؛ لأنه لما كان المنع من سماع أصل الدعوى ، ففرعها ـ وهو الإقرار ـ أولى بالمنع ، لما أن النهي مطلق فيشملهما ، إلا إذا كـان الإقرار عند القاضي ـ كما عرفت ـ فتنزع من يده ؛ لإبطاله ملكـه ولإلزامه الحجة على نفسه ، وهو الإقرار بعدم صحة تصرفه ''[1] .

ثم أشار صاحب التكملة إلى خلاف بعض فقهـاء المذهب في المسألة ، يقول : '' لكن يعارض ذلك إطلاق عبارة الإسماعيلية ، حيث قال فيما إذا كانت دار بين زيد وهنـد ، فوضع زيد يده على الدار المزبورة مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، وطلبت هند منه في أثناء المدة أن يقسـم لها حصتها ، وأجابها إلى ذلك ومات ولم يقسم لها ، فطالبت أولاده بحصتها في الدار ، فذكروا بأن والدهم تصرف أكثر من خمس عشرة سنة ولم تدع عليه هند ، ولم يمنعها من الدعوى مانع شرعي ، فلا تسمع دعواها بذلك . فهل تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها في الدار حصة ؟ . أجاب : تسـمع دعواها حيث كـان معترفا بأن لهـا حصة . اهـ . إلى غير ذلك من الأجوبة ، إلا أنه لم يعـز ذلك لأحد كمـا هو عادته في فتاواه ، لكـن يؤيده إطلاق التنقيح أيضـا . فتأمل وراجع يظهر لك الحق ''[2] .

وبالتأمل والمراجعة يمكن ترجيح الرأي الأول ؛ لأن أصل الدعوى لمـا كان منهيا عن السـماع ، فالفرع ـ وهو ادعاء إقرار المدعى عليه أثنـاء مدة

---

(١) تكملة ابن عابدين ٣٤٨/١ .

(٢) السـابق : الموضع نفسه .

التقادم ـ أولى ؛ إذ احتمال الطعن في الشهود ما زال باقيا ، ولصار هذا مخرجا لكل مدع منع من سماع دعواه للتقـادم ، إذ يستطيع أن يجلب شهودا يشهدون بإقرار المدعى عليه بالحق أثناء المدة ، ليصبح ذلك سبيلا لسماع دعواه .

ومما يلاحظ أيضـا على كلام الدكتور حامد السابق ، ما ذكره في نهايته من وصف المجلة بالتناقض في هذا الأمر ، وقبل مناقشة ما ذكره نورد ما جاء في المجلة ، فقد نصت المادة (١٦٧٤) على أنه '' لا يسقط الحق بتقادم الزمان، فإذا أقـر المدعى عليه واعترف صراحة في حضور الحاكم ، بأن حق المدعي عنده في الحال ، على الوجه الذي يدعيه ، وكان قد مر الزمان على الدعوى ، فلا يعتبر مرور الزمان ، ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه . وأما إذا لم يقـر المدعى عليـه في حضور الحاكم ، بل ادعى المدعي أنه أقر في محل آخـر ، فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعواه بالإقرار . ولكن إذا كـان الإقرار المدعى به قد ربط بسـند حاو لخط المدعى عليه أو ختمه المعروفين ، ولم تمر مدة مرور الزمان من تاريخ السند إلى وقت الدعوى ، فعند ذلك تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة '' .

وتفرقة المجلة بين ثبوت الإقرار بالشهادة ، وثبوته بالسند الحاوي توقيع المدعى عليه أو خاتمه ، ليس تناقضا . وقد أجاب أحد شراح المجلة عن هـذه التفرقة بقوله : '' ولقائل أن يقول : كما تسمع دعوى الإقرار المربوط بالسند ، يلزم أيضا أن تسمع البينة عليه ، أو كما لا تقبل البينة على الإقرار ـ لأن أصل الدعوى ممنوع سماعه ـ فكذا فرعه ، ينبغي ألا تسمع أيضـا دعوى الإقـرار المربوط بسند ؛ لجامع الحجة .

والجواب على ذلك ، أن منع سـماع الدعوى إنمـا هو لمنع التزوير والتحيل ، فإذا ترك المدعي دعواه خمس عشرة سنة ، ثم ادعى أن المدعى عليه أقر له بالحق عند غير القاضي ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك ، كان علة خشية التزوير والتحيل باقية فلا تقبل هذه البينة .

أما لو كـان المدعى عليه ربط إقراره هـذا بسند حاو خطه أو خاتمه المعروف ، فأية شبهة بعـد ذلك ، وأي محل لاختشـاء التزوير والحيلة ، وإذا انتفت هذه العلة أضحت الدعوى مسموعة . فافهم ''[1] .

وإذا طعن المدعى عليه في صحة توقيعه وادعى تزويره ، فهنا يأتي دور الطب الشرعي في تحقيق الأمر ، وكذا لو دفع بسرقة خاتمه أو ضياعه ، فعلى القاضي أن ينظر في ظروف القضية ليحكم بما يراه صوابا . وهكذا يمكن القول بأن سبيل الطعن ـ سواء في التوقيـع أو الخاتم ـ غير مرتبط بتقـادم الزمان ، إذ يمكن ورود هذا الطعن أيضا أثناء مدة التقادم وقبل انقضائها ، وهذا بخلاف رد الشهادة بعد مدة التقادم ، إذ إن ردها مرتبط بمضي المدة ، حتى لو كان الشهود من ذوي العدالة . وعلى هـذا أيضا لو جاء إقرار المدعى عليه بالحق ، بسند فيه توقيعه أو خاتمه بطريق يتضاءل معه احتمال التزوير ، كأن يوثق بالشهر الشخصي أو العقاري أو بمحضر رسمي يثبت الحالة ، ثم تقدم المدعي بهذا الإقرار بعـد مضي مدة التقـادم ، فإن احتمال حصوله على حقه يتزايد ، حتى لو أنكر المدعى عليه موضوع الحق .

وبهذا يتبين لنا عدم تناقض المجلة بخصوص هـذا الشأن ، وكان يمكن للدكتور حامد أن يوجه إليها تناقضا آخر ، وهو أنها اشترطت لسماع الدعوى بإقرار المدعى عليه بالحق المثبت بسـند حاو توقيعه أو خاتمه ، اشترطت عدم مرور مدة التقـادم من تاريخ هـذا السند إلى إقامة الدعوى به . وربمـا يكون الصواب هـو عدم تقييد العمل بموجب هـذا السند بمدة ؛ إذ إن المجلة نفسـها سـاوته بالإقرار أمام القاضي ، وباعدت بينه وبين خشية الاحتيال والتزوير ، وتمشيا مع قاعـدة قدم الحق وعدم زواله ، كـان ينبغي أن يخرج هـذا السند بالإقرار عن طوق التقادم . كما أن في تقييد هـذا الإقرار بمدة التقادم مشابهة للقانون الذي لا يعتد بالإقرار بعد التقـادم ، حتى لو كان الإقرار أمام القاضي ، إلا إذا كان التقادم مبنيا على الوفاء .

---

(١) شرح المجلة ، سليم رستم باز ، ٩٩٧/٢ .

السبب الرابع اختلاف الديانة

أشار الإباضية إلى أن مدة التقـادم تستأنف من جديد لهذا السبب ، فقد ورد في شرح النيل أنه '' إن أسلم الكتابي قبل أن يتم عليه المسلم الحيازة ، فإن المسلم الداخل يستأنف مدة الحيازة من حين أسلم صاحبها، ولا يبن على ما عمر قبل إسلام صاحبها . وكذلك إن حارب الكتابي بعدما دخل المسلم أرضه ولم يتم المدة ، فإنه يستأنف من حين حارب ، ولا يبن على ما عمر قبل أن يحارب . وإذا دخل الكتابي أرض المسـلم فعمرها ثم أسلم قبل تمام المدة استأنف ''[1] .

وربما يكون الصواب خلاف هـذا ؛ إذ إن دلائـل الحيازة أمر غير مرتبـط بالعقيدة .

(١) شرح النيـل ٥٢٣/١٣ هذا ولم أقف على هذا السبب عند غير الإباضية .

المبحث الثالث
أثر انقطـاع التقـادم

يتضح مما سبق أن أبرز أثر لانقطاع التقـادم ، هو استئناف مدة التقادم عنـد وجود أحد أسباب الانقطاع ، بحيث يلغى حساب ما مضى من المدة قبـل وجود هذا السبب ، ليبدأ سريان المدة من جديد ، بيد أنه إذا كان سبب القطع هو الإقرار ، فإنه لا يعد قاطعا فحسب للتقادم ، وإنما يصير مانعا له أيضا ، بحيث يظل المدعي محتفظا بحقه دون تقيد بمدة .

وعن مجال أثر انقطاع التقـادم ، يمكن أن نذكر أنه يخص الأشخاص والحق ذاته . أما الأشخاص الذين يمتد إليهم هـذا الأثر ، (فيجب التفرقة بين نوعي الانقطاع ، فالانقطاع الطبيعي له أثر مطلق، أي أن المدة تقطع فيه لجميع الأشخاص ، حيث يستفيد من الانقطاع كل شخص له حقوق على العقـار مهددة بالتقادم ؛ وذلك لأن الانقطاع الطبيعي فعل مادي . أما الانقطاع المدني فهو على خلاف ذلك ، فهو نتيجة عمـل قانوني ، وآثار الأعمال القانونيـة تنحصر بين الأشخاص الذين كانوا طرفا فيها ، على أنه هناك استثناءات لهذه القاعدة ، هي :

١ ـ **حالة التضامن** إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ضد المدين، يفيد منها باقي الدائنين المتضامنين، وينقطع التقادم لمصلحتهم أيضا ضد المدين؛ لأن الدائن الذي قطع التقـادم ، يعتبر وكيلا عنهم في هـذا العمل الذي يفيدهم جميعـا . وعكس ذلك في التضامن السلبي ، ذلك أنه إذا قطع الدائن ضد أحـد المدينين المتضامنين، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى باقي المدينين المتضامنين؛ لأن المدين الذي انقطع التقـادم بالنسبة له ، لا يمثل باقي المدينين ، ولا ينوب عنهم إلا فيما ينفعهم ، وقطع التقادم يضرهم ، وعلى ذلك فلا يسري عليهم هذا القطع . ومن ثم إذا أراد الدائن أن يقطع التقـادم في حق المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم ، حتى ينقطع التقادم في حق الجميع .

٢ـ حالة عدم القابلية للانقسام في حالة عدم الانقسام ، سواء أكان الأمر خاصا بحقوق عينية أم شخصية ، فإن انقطاع التقادم الواقع ضد أحد ذوي الشأن أو لمصلحته يستفيد منه الآخرون أو يحتج به ضدهم . فقطع المدة ضد أحد الشركاء في عقار غير قابل للانقسام ، يوجب انقطاعها بالنسبة إلى الباقين حتمـا ، وليس ذلك لأن بعضهم ينوب عن بعض ، بل لأن طبيعـة الحق غير القابل للانقسـام تأبى كسبا مجزءا ، فإما أن يكسب كله ، أو لا يكسب شيء منه أصلا .

٣ـ حالة الكفـالة التزام الكفيل يسقط بالتقادم مستقلا عن الالتزام الأصلي ، وانقطاع التقـادم ضد الكفيل لا يقطعـه ضد المدين ، مع مراعاة أن الكفالة عقد تابع ، فإن لم تقطع المدة بالنسبة إلى المدين وانقضى دينه بالتقادم ، فإن الكفالة تنقضي حتما تبعا له ، كمـا أن انقطاع المدة ضد المدين لا يقطعها ضد الكفيـل . وقد قضي بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين ، لا تغير مدة التقـادم بالنسبة للكفيل المتضامن ، إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه . كما قضي بأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا ، بل يبقى التزامه تبعيا ، وإن كان لا يجوز له التمسك بإلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولا ، وينبني على كون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين ، أنه ينقضي حتما بانقضائه ، ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ، ولا فرق في هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن .

هذا عن مجال أثر انقطاع التقادم بالنسبة للأشخاص . أما الحق ذاته ، فإن الأصل أن قطع التقـادم لا يتناول إلا الحق الذي اتخذ بشأنه الإجراء القاطع للتقـادم ، وما التحق به من توابع ، مما يجب لزوما بوجوبه ، ويسـقط كذلك بسقوطه ، فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فإن الطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر)[1] .

---

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٩٨ ، ٩٩ ص ٨٩ : ٩١ بتصرف . وانظر في هذا أيضا :

ـ التقادم المكسب والمسقط ، محمد أحمد عابدين ، ص ١٢٣ : ١٢٦ .

ـ أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، عبد الحميد الشواربي / أسامة عثمان ، ص ٢٠٨،٢٠٩

الفصل الثامن
أثــر التقـــادم

إذا كان مقررا أن الدعوى تظـل مسموعة وكذا بينـة المدعي ، فإنه قد يطرأ على ذلك ما يمنع من السماع ، ويعد التقادم سببا من أسباب عدم السماع ، ولا يقتصر أثر التقادم على المدعي وحده ، وإنما يمتد إلى المدعى عليه ، فقد نفى بعض الفقهاء وجوب اليمين عليه ، سواء أتعلق موضوع الدعوى بالحيازة أو تقادم الديون .

أما الحيازة ، فبعد أن أشار ابن رشد إلى خلاف المذهب في أثرها قال : ‘‘ والذي أقول به : إن هذا مما لا ينبغي أن يختلف فيه ، وإنما يختلف الجواب في ذلك بحسب اختلاف الوجوه فيه .

فوجه لا يسأل الحائز فيه عما في يديه من أين صار إليه ، وتبطل دعوى المدعي فيه بكل حال ، فلا توجب يمينا على الحائز المدعى عليه ، إلا أن يدعي عليه أنه أعاره إياه ، فتجب له عليه اليمين على ذلك . وهذا الوجـه هو إذا لم يثبت الأصل للمدعي ، ولا أقر له الحائز الذي حازه في وجهه العشرة الأعوام ونحوها . ولو ادعى عليه فيمـا في يديه أنه ماله وملكه ، قبـل أن تنقضي مدة الحيازة عليه في وجهه ، لوجبت عليه اليمين .

ووجه يسـأل الحائز فيه عما في يديه من أين صار إليه ، ويصدق في ذلك مع يمينه ، ولا يكلف البينة على ذلك ، وهو إذا ثبت الأصل للمدعي ، أو أقر له به الحائز . ولو ثبت الأصل للمدعي ، وأقر له به الذي هو في يديه ، قبل أن تنقضي مدة الحيازة عليه ، لوجب أن يسأل من أين صار إليه ، ويكلف البينة على ذلك ’’[1] .

ولم يسـلم التسولي لما ذكره ابن رشـد ، حيث ذهب إلى أن الحائز لا يطالب بيمين ولا أن يذكـر سبب حيازته في الوجهين السابقين ، واستدل لذلك

---

(١) البيان والتحصيل ١١/١٨٦ .

بظاهر المدونة إذ هو كالنص ، ونقل في ذلك قول الرجراجي (واختلف هـل يكلف الحائز من أين صار له ؟. على قولين : أحدهما أنه يكلف إن كان بشراء أو هبة . والثاني أنه لا يكلف إذا ادعى أمرا لا يريد إظهاره أو لم يدع شيئا إلا مجرد الحيازة ، وهو قول مطرف ، وهو ظاهـر المدونة في الذي قامت الدار بيده سنين يحوزها ويكري ويهدم، ثم أقام رجل البينة أن الدار داره أو أنها لأبيه حيث قال ، فإن كان هذا المدعي حاضرا يراه فلا حجة له ، وذلك يقطع دعواه . ولم يقل إنه يسأل من أين صارت إليه)[1] .

كما نقل التسولي عن ابن رحال توجيه قول خليل '' إن حاز أجنبي غير شـريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين ، لم تسمع ولا بينته '' بأن ظاهره : ادعى الحائز أن الحوز حصل له من القائم ببيع أو هبة أو لم يدع ذلك .....

كذلك أشـار التسولي إلى أن الحائز إذا كلف ببيان وجـه ملكه ، وكان بطريق التبرع ، فإنه يكلف حينئذ بالبينة[2]، ولو ضعف عن إثبات ذلك فقد أعان على إبطال حقه[3] .

وأخيرا فقد رأى التسولي أيضـا أن الحيازة بمثابة قيام البينة على انتقال الملك إلى الحائز بشراء ونحوه ، ولهذا لا يكلف الحائز ببيان وجه ملكه للشيء المحوز على الراجح المعمول به . يقول معلقا على قول صاحب التحفة

وإن يكـن مدعيا إقالة فمع يمينه له المقـالة :

(وإن يكن) الحائز (مدعيا إقالة) من القائم الذي أثبت الشـراء من الحائز (فمع يمينه) أي الحائز (له المقالة) ..... لا مفهوم لقوله مدعيا إقالـة ، بل كذلك

---

(١) البهجـة ٢٦١/٢ .

(٢) بخلاف الشراء ؛ حيث يرى بعض المالكية عدم وجوب إتيان الحـائز ببينـة عليـه . البهجـة ٢٥٦/٢ ، ٢٥٧ .

(٣) البيان والتحصيل ١٨٥/١١ .

إذا لم يدع شراء ولا غيره ، وإنمـا قال هو حوزي وملكي أو ورثته عن أبي ، وهذه مدة الحيازة على عينك ، وأنت حاضر عالم .... فلا يكلف ببيان وجـه ملكه ، ويحمل الأمر على أنها رجعت للحائز بهبة أو شراء أو إقالة[١] .

هذه هي الأدلة التي أدار عليهـا التسولي كلامه ، في كون الحـائز لا يطالب بيمين ولا بيان سبب حوزه ، وما أشار إليه من أن ظاهر المدونة يشـهد لذلك ، قد أثاره أيضا الرهوني ـ وغيره ـ من قبله ، بيد أنه ـ الرهوني ـ لم يأخذ به ، وأيد كلام ابن رشد في مطالبة الحائز باليمين وبيان سبب الملك ، مبينا أن هذا ليس كلام ابن رشـد وحده ، وإنمـا سبقه ولحقه كثير من أئمة المذهب وفقهائه ممن يقولون به أيضـا ، فقد تأولوا ظاهر المدونة ؛ لأنه أحيانا يكـون ضعيفا ، ولذا فقد جعلوا الحيـازة كشهادة العرف التي تقوم مقام شـاهد واحد ـ ومن قال بأن الحائز لايحلف ولا يبين سبب الملك ، جعل الحيازة كشاهدين ـ بحيث تحتاج إلى يمين، حتى يتسنى الحكم بشاهد ويمين[٢]. كما يمكن الاستئناس لوجوب اليمين أيضا على الحائز ، بما أوجبه الإمام مالك من وجوب اليمين على المدين على الوفاء[٣] .

وفي بيان سبب الملك يسوق ابن رشد ما ورد في العتبية ، من أن الإمام مالكا سئل عن الرجل تكون بيده الأرض ، يزرعها في حياة أبيه زمانا يحوزها، ثم يهلك أبوه ، فيقول : قد حزتها وهي لي ؟ قال مالك : ليس له ذلك إلا ببينة ، أرأيت لو كان أبوه حيا ثم قال ذلك ، أكان ذلك له إلا ببينة ؟! ومن ذلك أن يكون الولد في مال أبيه يدبر أمره ، فهو وغيره ممن لا يدبر بمنزلة واحدة . فقيل له : يا أبا عبد ا ، فإن كان أجنبيـا من الناس ؟ قال : ذلك أقوى أن يقول اشتريت ومات الشهود وطال الزمان . فقيل له : أفترى ذلك للأجنبي ؟ فوقف ولم يقض فيه بشيء ، وكان رأيه أن يراه قويا . قال ابن القاسم : وهو رأيي[٤] .

---

(١) البهجـة ٢٥٨/٢ .

(٢) حاشية الرهوني ٥١٤/٧ : ٥١٨ .

(٣) المدونة ٩٠/٤ .

(٤) العتبية ـ ومعها البيان والتحصيل ـ ١٤٥/١١ .

ومما علق به ابن رشد على هذا النص قوله : فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيهـا الحيازة عاملة ، وهي عشرة أعوام ، دون هدم ولا بنيـان ، أو مع الهدم والبنيان ، على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعـد هذا ، وادعاه ملكا لنفسـه ، بابتياع أو هبة أو صدقة ، وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه[1] .

ومن البين أن ابن رشد اعتمد فيما اشترطه ، على ما ذكره الإمام مالك في حيازة الأجنبي في النص السـابق ، من بيـان سبب الملك وموت الشـهود وطول الزمان ، وبرغم هذا لم يجزم ـ الإمام مالك ـ بالملك ، وإن كـان يراه قويا ، ولذا فقد تأول ابن رشـد ظاهر المدونة الذي يفهم عنه أن الإمام مالكا لا يرى ما ذكره هنا بسكوته عنه . تأوله لأن السكوت لا يعني النفي ، خاصة إذا جاء ما يدل على خلافه . ومع هذا فإن ابن رشد يرى أن الحائز لا يطالب بشيء من هذا إذا كانت دعوى القائم مجردة عن البينة .

وأما قول خليـل '' وإن حـاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه '' فإنه جرى فيه على ظاهر المدونة أيضا ، وقد استثنى من عدم القبول دعوى الإسكان وما شابهه ؛ نظرا لسماح المالك فيه بالحيازة المادية من غيره ، وقبول الدعوى هنـا مقيد بأن يأتي المدعي ببينة تشـهد لما يدعيه[2] ، وألا يحصل من الحائز ـ بحضرة المدعي ـ ما لا يحصل إلا من المالك في ملكه[3] ، وكذلك بمـا إذا لم يدع الحائز الملكية بهبة أو شراء ونحو ذلك ، فالحائز حينئذ لا ينتفع بحيازته، إلا أن يأتي بأمر محقق على ما يدعيه من ملك ما يحوز، وإلا أن يطول زمان

---

(١) البيان والتحصيل ١٤٥/١١ وقد ذهب ابن رشد إلى أن الحائز الوارث لا يطالب منه بيان سبب ملك مورثه ، ويكفيه دعوى الإرث وحدها . السابق ١٤٦/١١ .

(٢) بيد أن الرهوني ذهـب إلى قبول هذه الدعوى، حتى لو خلت من البينة ـ الرهوني ٥١٩/٧ ـ ولا يخفى ما في هـذا القول من بعد ، وقد نص غيره من فقهاء المذهب على البينـة كابن عاصـم والحطاب والدسوقي وغيرهم .

(٣) الشرح الكبير ٢٣٥/٤ .

ذلك جـدا كالخمسين سنة ونحوها ، ويكون قد أحدث بنـاء أو غرسا بحضرة المدعي وهو ساكت من غير عذر ، فإن ذلك يقطع حجة هذا المدعي[1] .

ومما يسترعي النظـر هنا هو أننا نرى التسولي ، وقد شـدد في جعل الحيـازة تغني عن يمين الحائز وبيـان سبب ملكه ، نراه لا يكتفي في دعوى الإسكان بيمين الحائز مع بيان سبب الملك ، وإنما نص أيضا على أن يأتي بأمر محقق يثبت به سبب ملكه ، يقول شارحا قول ابن عاصم

إلا إذا أثبت حوزا بالكِرا   أو ما يضاهيه فلن يعتبرا :

(إلا إذا أثبت) القائم (حوزا بالكرا) أي أثبت بالبينة أو الإقرار أن ابتداء حوز الحائز إنما كان بسبب الكراء منه أو من أبيه (أو ما يضاهيه) أي الكراء ، كالإسكان مجانا والمساقاة والعمرى والعارية والغصب ونحـو ذلك ، (فـ) إن حوز الحائز عشر سنين فأكثر (لن يعتبرا) لأنه قد علم حينئذ أن أصل مدخله الكراء ونحوه فلا تنفعه حيازته ، وهو معنى قولهم إذا أثبت أصل المدخل ببينة أو إقرار فلا حيازة ، وتارة يقولون إنما تنفع الحيازة إذا جهل أصل المدخل ، هل بكراء ونحوه أو بشراء ونحوه . أما إذا علم : فإن كـان بكراء ونحوه لم ينتفع به حتى يأتي بأمر محقق من شـراء أو هبة أو صدقة من القائم أو أبيه . وظاهره أنه لا تنفعه الحيازة مع علم أصل المدخل ولو طالت كالخمسين سنة . وليس كذلك ، بل صرح ابن فرحون وصاحب الوثائق المجموعة بأنها إن طالت الخمسين سنة ونحوها ، والقائم حاضر لا يغير ولا يدعي شيئا فإنها تنفعه ، وإن لم يثبت ابتياعا ولا صدقة ، ونحوه لابن رشد كما في حاشية الشيخ البناني[2] .

---

(١) التبصرة٨٨/٢ ، حاشية الدسوقي٢٣٥/٤، حاشية البناني٢٢٥/٧، البيان والتحصيل ٢٦٠/٩

(٢) البهجة ٢٥٦/٢ وانظر أيضا المراجع السـابقة . هذا ، ولا يعتقد أن التسولي يريد بكلامه هذا أن الحيازة التي تطول مدتها جدا ، تغني عن لزوم ادعاء الحائز ملك ما يحوزه ، وأنه يكفيه ادعـاء الحيازة وحدها ؛ إذ لو كان الأمر كذلك لوسع الحائز تملك ما يحوزه حتى لو أقر بملكية المدعي له، كما أن التسـولي نفسه قد صرح بلزوم ادعاء الحائز الملك ، وأنه لو ادعى الحيازة فحسب ، فـإن ذلك لا ينفعه . البهجة ٢٥٧/٢ فمراد التسولي من كلامه ، هو أن هذه المدة الطويلة جـدا ، مع ما

وما ذكـره التسولي وغيره ـ من لزوم إتيـان الحائز ببينة على ملك ما يحوزه ، في دعوى الكراء وما شـابهه ـ أمر لابد منه ، إلا إذا تعـذر ذلك كطول مدة الحيازة جدا ، وذلك لأن الكراء تصاحبه حيازة مادية من الحائز ، والاكتفاء بيمين الحائز وبيان سبب الملك لاينهض لدفع بينة المدعي على الكراء؛ إذ ما أسهل كذب المدعي وافتراءه .

وأما ما أشار إليه التسـولي ، من أن الحائز إذا كلف ببيان وجه ملكه ، وكان بطريق التبرع ، فإنه حينئذ يكلف بالبينة ، ولو ضعف عن إثبات ذلك فقد أعان على إبطـال حقه ...... ما ذكره هذا لم يقـل به ابن رشد ـ وإن كان قد ساقه على لسان الخصم ـ فليس في كلامه السابق ما يشيرإلى طلب البينة من الحائز ، والتسولي نفسه لم يجعل من هذه الجزئية موضع خلاف بينه وبين ابن رشد ، فقد ذكر عنه نفي المطالبة بالبينة ، سواء في الهبة أو الشراء(١) .

وأخيرا فإن ما ذكره التسولي من أن الحيازة تعفي الحائز من بيان وجه الملك ، فإن هذا ربمـا يكون غير ملائم ؛ لأنه ليس هناك كبير فرق بين دعوى الملك وبيـان وجهه ، فالحيازة ـ في رأي التسولي ـ ما دامت تدل على انتقال الملك بشراء أو هبة أو نحو ذلك ، لكان أولى بها أن تدل على الملك ذاته ، بأن تعفي الحائز من ادعائه ، وهذا ما لم يقل به التسولي نفسه ، حيث ألزم الحائز ادعاء الملك .

كما أنه لن يضير الحائز تعيين وجه الملك مقسما عليه ، طالما لا تلحقه معرة بذلك ، فالغاية هي تحقيق العدل ما أمكن ، وفي وجوب بيـان سبب الملك واليمين قرب من هذه الغاية . وكذلك فإن في هذا الوجوب اعتبارا لبينة المدعي؛ إذ في إهماله مساواة بالدعوى المجردة من البينة . كما يكفي الحيازة أثرا أنهـا ترفع عن الحائز وجوب تقديم البينة .

يصاحبها من تصرف الحائز كالمالك في ملكه ، وسكوت المدعي دون عذر ، دليل على عدم صدق هـذا المدعي في دعواه وبينته ، وأن الحائز لا يطلب منه حينئذ بينة على ما يدعيه مـن حـصوله على المحوز بشراء أو صدقة أو نحو ذلك .

(١) البهجة ٢/٢٥٧ .

هذا عن المالكية ، أما الإباضية فلم يبعدوا كثيرا عن المالكية ، فقد ذهبوا إلى عدم قبول حجة المدعي على الحائز الذي توافرت شروط حيازته ، واستثنوا من ذلك دعوى الإعارة ونحوها، على أن تقبل بالبينة لا مجردة عنها ، ورجحوا عدم وجوب اليمين على الحائز ، يقـول أطفيش : ولا يمين على الذي عمرها ، وقيـل عليه اليمين ، وبه قال ابن رشـد ، وقيـل إن عرف الحـائز بالغصب والاستطالة حلف. والصحيح الأول؛ وذلك لقوله صلى ا عليه وسلم '' من حاز أرضا وعمرها عشر سنين ، والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر ، فلا تقبل حجة للخصم فيها '' ، يعني حجة أنها كانت في يده قبل ذلك الرجل ، أو أنها ورثها أو اشتراها أو نحو ذلك . وأما حجة أنها كانت عند هذا الذي بيده الآن ، بعارية أو غصب أو نحو ذلك ، فتقبل إن جاءت ببينة بذلك ، وكذا إن قام قبل تمام المدة، فأخرجه أو حجر عليه أو أشـهد عليه أو قال هي عندك بالرهن أو الإمساك أو بالتعدي أو غير ذلك ، أو أقر الداخـل بشيء من ذلك ، فلا يثبت بالحيازة ، ولو مكث فيهـا ما مكث بعد ذلك[1] . كما سبق أن نفى أطفيش مطالبة الحاكم الحائز ببيان سبب الملك[2] .

وبالنسبة للحنفية فليس في كلامهم ما يشير إلى وجوب اليمين على الحائز أو بيان سبب الحوز ، وإنما أوجبوا عليه إنكار حق المدعي فحسب[3] .

هذا عما يتطلبه التقادم من الحائز في الحيازة ، وأما ما يتطلبه من المدين في الديون الموثقة ، فقد اختلف المالكية في ذلك ، فمنهم من أسقطها بالتقـادم ، ولم يطلب من المدعى عليـه سوى اليمين على قضـاء الدين ، ثم اختلف هذا الفريق في تحديد مدة التقادم ، من كونها أربعين سنة ، أو ثلاثين ، أو عشرين ، أو ربط ذلك بالعرف وأحوال الناس ، وطبيعة المدعى عليه والمدعي من حيث نوع العلاقة التي تربطهما ، وكذا درجة التسامح أو المشاحة بينهما .

---

(١) شرح النيل ٥١١/١٣ .

(٢) السابق ٢٦٩/١٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

وأما الفريق الآخر ـ وهو صاحب الرأي المشهور أو الراجح أو ما سار عليه القضاء ـ فقد رأى أن التقـادم لا تأثير له على هذه الديون مهما تقادمت ، طالما كانت وثيقة الدين بيد الدائن ؛ إذ قضى العرف أن المدين يتسلم وثيقة الدين ويحتفظ بهـا أو يمزقها إذا سدد دينه ، وكونها لا تزال بيد الدائن فهذا يعني أن المدين لم يقض الدين، وطول المدة لا يؤثر على ذلك ، حيث لا يبطل حق المرء بطول الزمان[1] .

وقد قيد التسولي هذا الرأي الثاني بثلاثة قيود :

الأول أن يكون الدين ثابتا بإشـهاد المدين ، فإن كان بغير كتاب أصـلا ، أو بكتاب شهدت بينة بالمداينة على جهة الاتفاق لا بإشهاد المدين إياها ، فإن القول للمدين ، ولو لم يطل إلا العام والعامين .

الثاني ألا يكون رب الدين معلوما بالحرص على قبض ديونه إذا حلت ، وإلا فالقول لمدعي القضاء .

الثالث ألا يكـون وقع بين ربه والمدين شنآن وخصومة ، وإلا فالقول للمدين أيضا ، ففي أنكحة المعيار فيمـن طلق زوجته ، فماتت ، وقام وارثها عليـه بصداقها ، فادعى الزوج دفعـه ، أنه لا يقبل قوله إلا أن يثبت أنه كان بينهمـا شنآن . وا أعلم[2] .

ولا يسلم للتسولي فيما ذكره في القيد الثاني ، إذ قد يتذرع هذا الحريص بأنه لم يرد إفساد العلاقة بينه وبين مدينه ، حتى لو كانت العلاقة بينهما علاقة تجارة ، حيث يتبع هـذا الإمهال دوام المعاملة المالية بينهما ، وأنه كان مطمئنا على سداد دينه طالما أن السند تحت يديه . كما يمكنه التذرع بأنه لم يذهب للقضاء إلا بعد أن أيقن سوء نية المدين وتصريحه بعدم السداد، وأنه ظل يماطله حتى مضت على الدين مدة التقادم، وأنه ـ الدائن ـ لم يعبأ بالأمر اعتمادا على سند الدين .

---

(1) الزرقاني على خليل ٢٢٥/٧   البناني ٢٢٥/٧   الحطـاب ٢٢٨/٦ : ٢٣٠   الرهـوني ٥٢٢/٧ ، ٥٢٣   الصاوي ٣٨٠/٢   عليش ٣٢٠/٢ .

(2) البهجة ـ بتصرف ـ ١٢/٢ ، ١٣ .

وبالنسبة للقيد الثالث ، فتنبغي التفرقة بين الخصومة المعتادة بين الدائن ومدينه ، وبين الخصومة الشديدة بينهما، وحتى مع الخصومة الشديدة ربما يتعلل الدائن بأنه فضل الانتظار ، متحينا الفرصة حتى يحصل على حقه ، بدلا من أن يمتد به القضاء ، وما يتبع ذلك مما يتكلفه للموكل بخصومته ، فالدائن يذكر أنه لم يكن يريد سجن مدينه بقدر ما يريد الحصول على ماله ، ولذا كان منه هـذا الإمهال ، برغم العداوة الشديدة بينهما ، اعتمادا على الاحتفاظ بسند الدين .

يضاف إلى هذا ـ تقوية جانب المدعي الدائن المحتفظ بوثيقة الدين ـ أن المدين لو طعـن في صحة توقيعه ـ سواء أتقادم الدين أم لا ـ فإن الطب الشرعي يأتي دوره في التحقق من ذلك ، وقد سبق القول بأن أساس التقادم هو تهمة المدعي في بينته ، فإذا زال عن وثيقة الدين هذه التهمة لزم الحكم بها .

وعلى هذا يكون التقـادم مرتبطا بالرأي الأول دون الآخر ؛ إذ قد يكون المدين مطالبا ببينة قضاء دينه إذا لم يمض على أجل سداد الدين مدة تقادمه ، ولكن مع تقادمه سيقتصر الأمر على مطالبة المدين باليمين على القضـاء دون البينة[1] ؛ إذ لم تجر العادة على تأخير الديون هذه المدد الطويلة ، وقد يصاحب ذلك موت الشهود أو نسيانهم الشهادة .

ولكن ينبغي ترجيح الرأي الآخر عليه ؛ لأن وثيقة الدين ما دام لم يطعن الخصم في صحتها ، أو حكم بصحتها بعد طعنه فيها ، فإنه يلزم العمل بها . ولا يعترض بأنه إذا كان لا يعترف بوثيقة تملك المدعي في الحيازة ، ويحكم للحائز وترد دعوى خصمه ، الأمر الذي يمكن تعديته إلى وثيقـة الدين . لا يعترض بهذا ؛ لأنه قياس أسقط علانية تصرف الحائز وكيفيته ودلالته ، ليساوي بين الحيازة والدين الذي لا نرى معه شيئا من هذا .

---

(١) وكذا لو لم يكن بيد الدائن وثيقة . هـذا ، ولم أقف فيما رجعت إليه من مصادر الحنفية علـى ذكر اليمين ؛ نظرا لأنهم يسقطون بينة المدعي بالتقادم .

هـذا ، وإذا كان المالكية يرون وجوب ادعاء المدين الوفاء ، حتى ترد دعوى الدائن بالتقـادم ، سواء أكانت الديـون غيرموثقة أم كانت ـ في رأي بعضهم ـ موثقة ، فإن هذا القـول بلزوم ادعاء الوفاء ، لا يتواءم وعدم وجود الدين أساسا ، فقد يفتري المدعي على المدعى عليه بأن له مالا عنده ، وحقيقة الأمر هي أن المدعى عليه لم يأخذ منه شيئا ، فكيف يدعي وفـاء دين ليس له وجود أصلا[1] ؟! .

ولذا فإن ما يذكره الحنفية من وجوب إنكار المدعى عليه حق المدعي ، هو الأولى قبولا في هذه الحالة . أما إذا كان هناك دين ثم قضاه المدين ، فإن الحنفية يوجبون على المدين إنكار الحق أيضا ، ويرون أنه إذا ادعى قضاءه ، فإنه يلزمه حينئذ تقديم بينة القضـاء ، حتى لو توالت عليه أحقاب كثيرة ، فإن عجز أقسم المدعي على عدم وفاء دينه ، ومن ثم يحكم له بالمال[2] . وما يجب تقديمه في هذه الحالة هو قول المالكية ، من لزوم ادعاء المدعى عليه الوفـاء ، مع إعفائه من تقديم البينة ؛ إذ أنى له بها ؟! .

---

(١) ويتصور هذا الأمر أيضا في الدين الموثق كذلك ، بأن يطعن مثلا في صحة التوقيع ، أو أنـه وقع مكرها ، أو ما شابه ذلك .

(٢) درر الحكام ٣١٩/٤ .

الباب الثاني

من مسائل التقادم في الفقه الإسلامي

مدخـــل

يشكل مرور الزمن عاملا مؤثرا في تغيير الحكم الشرعي في كثير من مسائل الفقـه الإسلامي ، وهذه المسائل من الكثرة لحد يصعب معه إحصاؤها ، لذا فقد اتجه البحث إلى دراسة بعض تطبيقات التقادم في الفقه الإسلامي، معتمدا في اختياره لهذه التطبيقات على تناول أقسام التقـادم الثلاثة السابق ذكرها في بداية الكلام عن تعريف التقادم[١] .

فقد عني بعض هذه المسائل بالتقادم في تغييره الحكم دون أن يصاحب هذا التغيير فقد حق أو كسبه ، ولا دعوى ، ولا إنكار حق ، فضلا عن عدم وجود خصومة أساسا . وذلك مثل مسألة الماء الآجن ، مسألة الميتة في بئر قليل الماء .

وقد عني بعض آخر من هـذه المسائل بما قد يسببه التقـادم من إسقاط حق ؛ بسبب الموقف السلبي من صاحبه ، مع ما قد يصاحبه من رفع دعوى ، ولكن دونما إنكار حق المدعى عليه . وذلك مثل مسألة سقوط حق الشفيع في الشفعة ، وهو ما يقابل مواعيد السقوط في القانون . كما قد يكون مجال هـذا السقوط محلا للإبراء ، وذلك مثل مسألة تقادم بعض النفقات .

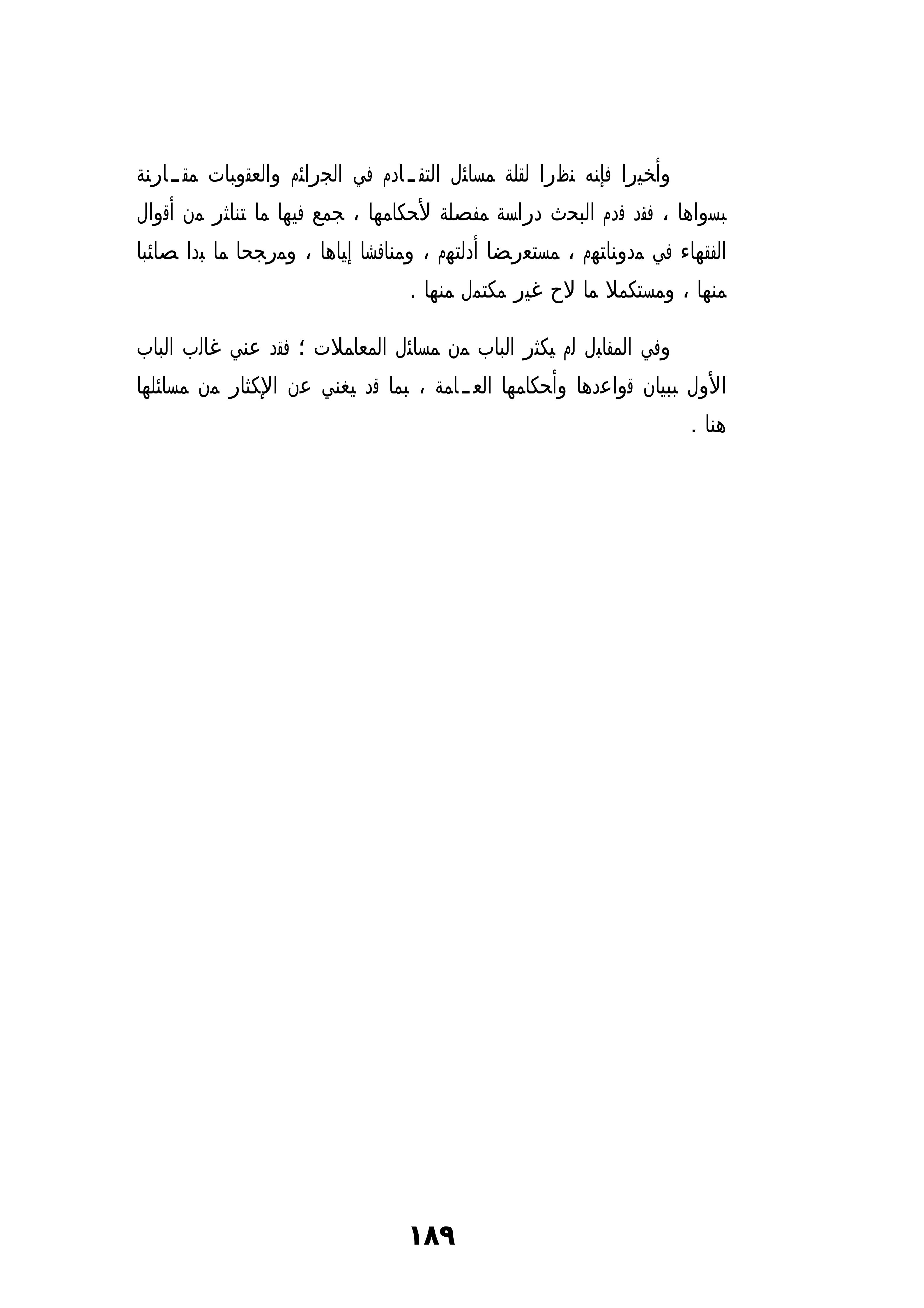
ويمثل هذان القسمان التقادم بمعناه العام[٢] ، أما القسم الثالث منه ، فهو ما يمثل معناه الخاص[٣] ، وهو ما تحقق فيه الجانب السلبي أو الإيجابي ، مع فقد الحق أو كسبه ، بمصاحبة الدعوى ، وإنكار حق الخصم . وذلك مثل تقادم الديون ، وتقادم الجرائم والعقوبات .

---

(١) راجع ص ١٦ .

(٢) راجع تعريفه ص ١٧ .

(٣) راجع تعريفه ص ٢٢ .



وأخيرا فإنه نظرا لقلة مسائل التقـادم في الجرائم والعقوبات مقـارنة بسواها ، فقد قدم البحث دراسة مفصلة لأحكامها ، جمع فيها ما تناثر من أقوال الفقهاء في مدوناتهم ، مستعرضا أدلتهم ، ومناقشا إياها ، ومرجحا ما بدا صائبا منها ، ومستكملا ما لاح غير مكتمل منها .

وفي المقابل لم يكثر الباب من مسائل المعاملات ؛ فقد عني غالب الباب الأول ببيان قواعدها وأحكامها العـامة ، بما قد يغني عن الإكثار من مسائلها هنا .

الفصل الأول

تقــادم العبادات

المـاء الآجـن

يرى جمهور الفقهاء أن الماء إذا تغير بطـول مكثه ـ الماء الآجن ـ فإن ذلك لا يسلبه طهوريته[1] ، وقد نقـل ابن المنذر الإجماع على أن الوضوء بالمـاء الآجن من غير نجاسة حلت فيـه جائز ، غير ابن سيرين ، فإنه كـره ذلك . ولا يؤخذ بقوله ؛ فقـد ورد أن النبي صلى ا عليه وسلم توضأ من بئر كأن ماءه نقـاعة الحناء[2]، ولأنه تغير من غير مخالطة فأشبه المتغير بالمجاورة[3]، كما أنه لا اسم له دون الماء[4] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ١ / ١٨٦ ـ التاج والإكليـل ١ / ٧٨ ـ المجمـوع للنـووي ١ / ١٣٧ ، المطبعة المنيرية ، بدون تاريخ ـ كشاف القناع للبهوتي ١ / ٣٢ ، المطبعة الشرفية بالقاهرة ، طبعة أولى ١٣١٩هـ. وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية ـ التاج المذهب لابن قاسم اليماني ١ / ٢٨ ، دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ . وطبعة أخرى نشر مكتبة اليمن ، بدون تاريخ ـ شرح النيل ١ / ١٢٧ . ولم أقف على هذه المسألة بخصوصها عند الظاهرية في المحلى لابن حـزم . ولا الإمامية في : ١ـ شرائع الإسلام للحلي ، المكتبة العلمية الإسلامية بطهـران ، طبعة ١٣٧٧هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الأضـواء ببيروت ، الطبعة الثانيـة ١٤٠٣هـ ـ / ١٩٨٣م . ٢ ـ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، للعاملي الجبعي ، دار العلم للملايين ببيروت ، بدون تاريخ . وربما يكون عدم ذكرها في هذين المذهبين راجعـا إلى أن خـلاف ابـن سيرين فيها عندهم غير معتبر .

(٢) تلخيص الحبير ١ / ١٤ ، ١٥ ولم يذكر فيه الحافظ ضعفا ، وهذه البئر غير بئر بضاعة التـي كان يلقى فيها النتن ، ولا بئر ذروان التي خبئ فيها سحر النبي صلى ا عليه وسلم .

(٣) المغني لابن قدامة ١ / ٢٦ ، طبعة دار الفكر ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م . وانظر رأي ابن سيرين أيضا في المجموع ١ / ١٣٧ .

(٤) الأم للإمام الشافعي ١ / ٢٠ ، دار المعرفة ، بدون تاريخ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الفكر، طبعة سنة ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م . ويقـول النووي : ودليلنـا النصوص المطلقة ، ولأنه لا يمكـن الاحتراز منه فأشبه المتغير بما يتعذر صونه عنه . المجموع ١ / ١٣٧ .

تقادم الميتة في بئر قليل الماء

يرى الإمام أبو حنيفة أن من وجـد حيوانا أو طيرا ميتا في بئر قليـل الماء[1] ، ولا يدري متى وقعت فيه ، فعليه أن يعيد صلاة يوم وليلة إن كان قد توضأ بمائها ، وكذا يغسل كل شيء أصابه ماؤها أيضا ، وهذا إن لم تكن الميتة قد انتفخت أو تفسخت، أما إن كانت كذلك فعليه أن يعيد صلاة ثلاثة أيام بلياليها، وعن دليل الإمام أبي حنيفة في هـذا يذكر صاحب العناية أن لموت الحيوان في البئر سببا ظاهرا ، وهو الوقوع في الماء ، وهو ظاهر ، وكل ما له سبب ظاهر يحال عليه ، كمن جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، يحـال بموته على الجراحة ؛ لأنه هو السبب الظاهر ، وكميت التوت في عنقه حية ، فإنه يحال بموته على نهشها ، وإن احتمل أن يكون الموت بغير الجـرح والنهش ؛ لأن الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر ، إلا أن الانتفاخ دليل تقـادم العهد ، وأدنى حد التقادم في ذلك ثلاثة أيام ، وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب فقدرناه بيـوم ؛ لأن أقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة ، فإن ما دونه سـاعات لا يمكن ضبطها[2] .

والصاحبان وإن وافقا الإمام في القول بنجاسة ماء البئر ، فقد خالفاه في بقية قولـه ، من إعادة الصلاة وتطهير ما أصابه من مائها قبـل العلم بوجود الميتة ؛ لاحتمال أن تكون قد ماتت في الحال ، أو ألقاها الريح بعد الموت أو بعد من لم ير تنجسها ، أو ألقاها طير كما روي عن أبي يوسف أنه كان يقول بقول أبي حنيفـة حتى رأى حدأة ـ وهو جالس في البستان ـ في منقارها جيفـة ، فطرحتها في بئر ، فرجع عن قوله . ولأن وقوعهـا في البئر حادث ، والأصل في الحوادث أن تضـاف إلى أقرب الأوقات للشك في الإسـناد ، فصار كمـن

---

(١) وذلك لأن الماء الكثير لا ينجس عند الحنفية إلا بالتغير .

(٢) العناية على الهداية ـ بيسير حذف ـ ١٠٦/١ ، ١٠٧ المطبعة الأميرية ـ مصر ، طبعة أولى ١٣١٦هـ .

رأى في ثوبه نجاسـة لا يدري متى أصـابته ، فإنه لا يعيد بالإجمـاع علـى الأصح[1] . وقد ذكـر بعض فقهاء المذهب أن قول الصاحبين وإن كـان يؤيده القيـاس ، فإن قـول الإمام مبني على الاستحسان ، وهـو الأحوط في بـاب العبادات[2] .

وقد قال بقول الصاحبين الشـافعية والحنابلة ، فقد جاء في المجموع أن من توضأ من بئر ، ثم أخرج منها دجاجة منتفخة ، لم يلزمه أن يعيد من صلاته إلا التي تيقن أنه صلاها بماء نجس[3] .

ويقول ابن قدامة : وإن توضأ من الماء القليل وصلى ثم وجد فيه نجاسة، أو توضأ من ماء كثير ثم وجده متغيرا بنجاسة وشك هل كان قبـل وضوئه أو بعده ؟. فالأصل صحة طهارته وصلاته ، وإن علم أن ذلك كـان قبل وضوئه بأمارة أعاد[4] .

وقد خالف المالكية[5] ـ في مشهور المذهب ـ والظاهرية[6] والإباضية[7] الإمام أبا حنيفة في أصل المسألة ، فقد جعلوا مدار نجاسة البئر قليل الماء على تغير مائه بالنجاسة ، وليس في قلته ذاتهـا حتى لو لم تتغير كما قال الإمام أبو حنيفة . أما الإمامية فالأظهر عندهم تنجيس ماء البئر بالملاقاة ، ولكني لم أقف على قول لهم في خصوص المسـألة التي نتناولها[8] . وأما الزيديـة فهم وإن

(1) تبيين الحقائق للزيلعي ٣٠/١ ، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٣هـ .

(2) حاشية ابن عابدين ٢١٩/١ .

(3) المجموع ٢٠٠/١ .

(4) المغني ١ / ٤٠ .

(5) ومذهب ابن القاسم أن قليل الماء ينجسه قليل النجاسة وإن لم تغيره . الفواكه الـدواني ١٢٥/١ والإمام مالك والمذهب على جواز استخدامه ما لم يتغير ، وإن كره استخدامه عند وجـود غيـره . الخرشي ومعه العدوي ٧٦/١ .

(6) المحلى ١٧٥/١ .

(7) شرح النيل ١٢٦/١ .

(8) شرائع الإسلام ١٣/١ ـ الروضة البهية ٣٤/١ ، ٣٥ .

وافقوا الإمام أبا حنيفة في تنجيس المـاء القليل بالملاقاة ، فقد خالفوه في تعيين حد القلة ، فهو عندهم ما ظن المستعمل للمـاء استعمال النجاسة الواقعة فيه باستعماله لأجل قلته[1] .

ولا يخفى عدم لزوم قول الإمام أبي حنيفة ؛ إذ فيه مخالفة للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن (اليقين لا يزول بالشك)[2] .

---

(١) التاج المذهب ٢٥/١ ، ٢٦ .

(٢) انظر في هذه القاعدة على سبيل المثال : غمز عيون البصائر ١٩٣/١ .

طهارة النجاسة بالاستحالة

قد تسـتحيل النجاسة بتقادمها إلى طهارة ، كتحول الجيف النجسـة إلى تراب بدفنها وكإلقائها في الملاحات فتصير ملحا ، وغير ذلك .

وقد قال بطهارة هـذه الأشياء كل من الحنفية[(١)] ، والمالكيـة[(٢)] ، وغير ظاهر مذهب الحنابلة[(٣)]، والظاهرية[(٤)]، والإباضية[(٥)]، والزيدية[(٦)]، والإمامية[(٧)] . ودليلهم في هـذا هو خروج النجاسة إلى جنس آخر طاهر ، بحيث تحولت في اسمها ومسماها ، مثلها في ذلك مثل الخمر التي استحالت خلا .

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن النجاسة لا تستحيل طهارة إلا في شيئين ، هما جلد الميتـة إذا دبغ ، والخمر إذا استحالت بنفسها خلا[(٨)] . واقتصر الحنابلة ـ في ظاهر المذهب ـ على الثاني فحسب[(٩)] ، وقد ناقش ابن تيمية ما استدل به

---

(١) مجمع الأنهر لداماد أفندي ١ / ٦١ ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بدون تـاريخ . وللإمـام أبي يوسف رأي مخالف في المسألة .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥٢/١ : ٥٨ .

(٣) المغني ٥٦/١ ، ٤١٩ .

(٤) المحلى ١٦٦/١ ، ١٦٧ .

(٥) شرح النيل ٤٦٧/١ ، ٤٦٨ .

(٦) البحر الزخار لابن المرتضى ٢٣/١ مطبعة السـنة المحمدية بالقاهرة ، الطبعة الأولى سـنة ١٣٦٨هـ . وطبعة أخـرى هي طبعة دار الكتـاب الإسلامي بالقاهـرة ، بدون تاريخ ـ التـاج المذهب ٢٤/١ .

(٧) الروضة البهية ٦٧/١ .

(٨) المهذب وشرحه المجموع ٥٩٢/٢ وقد زاد بعض الشـافعية ثالثـا ، وهو ما كـان نجسا ثم صارت فيه حياة ـ شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري٥٠/١، المطبعة الميمنية، بدون تاريخ ـ ولكن رده بعضهم بأن الاستحالة حقيقة إذا بقي الشيء بحاله وتغيرت صفته ، ولا يوجد فـي غيـر التحلل والدبغ . حاشية ابن قاسم على شرح البهجة ٥٠/١ ، المطبعة الميمنية ، بدون تاريخ .

(٩) المغني ١ / ٥٦ .

هذا الفريق بقوله : '' من فرق بينهما ـ الخمر وغيرها ـ يعتذر بأن الخمر نجست بالاستحالة فطهرت بالاستحالة ؛ لأن العصير كان طاهـرا فلما استحال خمرا نجس ، فإذا استحال خلا طهر . وهـذا قول ضعيف ؛ فإن جميع النجاسات إنما نجست أيضا بالاستحالة، فإن الطعام والشراب يتناوله الحيوان طاهرا في حال الحياة ثم يموت فينجس ، وكذلك الخنزير والكلب والسباع أيضا ـ عند من يقول بنجاستها ـ إنما خلقت من الماء والتراب الطاهرين .

وأيضا فإن هذا الخل والملح ونحوهما أعيان طيبة وطاهرة ، داخلة في قوله تعالى ويحِل لَهم الطيباتِ ويحرم علَيهم الخَبائِثَ [1] ، وللمحرم المنجس لها أن يقول : إنه حرمها لكونها داخلة في المنصوص ، أو لكونها في معنـى الداخلة فيه .

فكلا الأمرين منتف ، فإن النص لا يتناولهـا ، ومعنى النص الذي هـو الخبث منتف فيهـا ، ولكن كان أصلها نجسا ، وهـذا لا يضر ، فإن ا يخرج الطيب من الخبيث ، ويخرج الخبيث من الطيب . ولا ريب أن هـذا القول أقوى في الحجة نصا وقياسا ''[2] . والقول كما قال ابن تيمية .

---

(١) الأعراف ١٥٧ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٧٢/٢ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ .

قضاء المغمى عليه والمجنون الفوائت

لتقـادم غياب العقل تأثير مباشر على قضـاء الصلوات ، فالإغماء مثلا ـ وهو ما لا يتقادم زمنه غالبـا ـ يختلف حكمه عن الجنون الذي تطول مدته عادة . فقد اتفق الفقهـاء على أن المجنون لا يقضي ما فاته ؛ لرفع القلم عنـه ولمشقة القضاء ، وهذا يختلف عن الإغماء ، حيث ذهب **الحنفية** إلى أن المغمى عليه عليه أن يقضي ما فاته إذا أفاق بعد يوم وليلة ، ولا يقضي إذا زاد إغماؤه على ذلك ، ودليلهم في هـذا الاستحسان ، ووجهه هو أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الأداء ، وإذا قصرت قلت فلا حرج ، فالكثير أن تزيد على يوم وليلة ؛ لأنه يدخل في حد التكرار[1] .

كما أن الإغماء لا يسبب فسـادا في العقل كالجنون وإنمـا يعطله مدة فحسب ، يقول ابن الهمام : الإغماء مرض يعجز به صاحب العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة فلا ينافي أهلية الوجوب بل الاختيار ؛ لأنه إنما يوجب خللا في القدرة ، وذلك يوجب التأخير لا سقوط أصـل الوجوب ؛ لأن تعلقه لفائدة الأداء أو القضاء بلا حرج ، ولم يقـع بالإغماء ولا بمجرد الجنون اليأس عن الفائـدة الثانية[2]، إلا إذا امتد امتدادا يوقع القضاء معه في الحرج ، فحينئذ يظهر به عدم تعلقه لظهور انتفاء الفائدة المستتبعة له[3] .

وقد رد ابن الهمام على من خالفهم ، حيث نقـل عن المالكية والشافعية القول بعدم القضاء على المغمى عليه ، وأنهم استدلوا في ذلك بأن عائشة رضي ا عنها سألت النبي صلى ا عليه وسلم عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة؟ فقال صلى ا عليه وسلم : '' ليس لشيء من ذلك قضاء ، إلا أن يغمى عليه

---

(١) الهداية للمرغيناني ٩/٢ ، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى ١٣١٦هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الفكر .

(٢) وهي القضاء بلا حرج .

(٣) فتح القدير ١٠/٢ ولا يلزم من كلام ابن الهمام أن الجنون لو فرض أنه اسـتمر بعض يوم فحسب ، أن صاحبه يقضي ما فاته ؛ إذ إن المجنون غير مخاطب أساسا بتكليف حال جنونه .

في وقت صلاة فيفيق فيه فإنه يصليها ‘‘[1] . رد عليهم بعدم صحة سند الحديث حيث نقل أقوال بعض النقاد في تجريحه[2] .

هذا وقد حدد الإمام محمد اليـوم والليلة بالأوقـات ، وحدده الشيخان بالساعات ، فعلى رأي الإمام محمد لا يقضي المغمى عليه إذا أفـاق في وقت السادسة ، ولكنه يقضي جميع ما فاته إذا أفاق في وقت الخامسة . يقـول : إذا أغمي عليه خمس أوقات ثم أفاق في الوقت السادس لم يكن عليه أن يقضي شيئا من الصلاة الماضية ، وإذا أفاق في الوقت الخامس قضاها كلهـا ، وإذا لم يفق في وقت شيء منهـا لم يجب عليه قضـاء شيء منها ..... أخبرنا أبو معشر المدني قال حدثنا سعيد المقبري ومحمد بن قيس ، أن عمار بن ياسر أغمي عليه الظهر والعصر والمغرب والعشاء، فأفاق من جوف الليل فصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء. أخبرني أبو معشر عن نافع قال : أغمي على ابن عمر ثلاثة أيام فلم يقض الصلاة . وبقول ابن عمر وعمار نأخذ[3] .

---

(1) الدارقطني ، باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة . دار المعرفة ـ بيـروت ، طبعـة سنة ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م .

(2) فتح القدير ١٠/٢ وانظر : التحقيق في أحاديث الخلاف ٤١٢/١ ـ دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعـة أولى ١٤٢٥هـ ـ فقد قال ابن الجوزي عن الحديث بأنه لا يصح . وانظر كذلك توهين ابن حجر إياه : الدراية ٢٠٩/١ دار المعرفة ببيروت، بدون تاريخ . وانظر أيضا سنن البيهقي ٣٨٨/١ فقد أخرج شاهدا للحديث عن ابن عمر رضي ا عنه ، بيد أنه نقل عن الأئمة تجريحهم للسند .

(3) الحجة على أهـل المدينة ١٥٩،١٥٨/١ وقد تعددت الروايات في تحديد مدة إغماء ابن عمـر رضي ا عنه ، فقد روي بعضها دون تحديد وأنه لم يقض ما فاته كرواية مالك ـ الموطأ ، كتاب وقوت الصلاة ، باب جامع الوقوت ـ وروي أنه أغمى عليه يوما وليلة فلم يقض ما فاتـه كـذلك ، وروي يومين فلم يقض أيضا ، وروي ثلاثة أيام وأياما وشهرا وأنه لم يقض في كل ذلك إلا صـلاة يومه الذي أفاق فيه . انظر في هذا :

ـ مصنف عبد الرزاق ، باب صلاة المريض على الدابـة وصلاة المغمى عليـه .

ـ مصنف ابن أبي شيبة ، باب ما يعيد المغمى عليه من الصلاة ، وباب من قال ليس عليـه إعادة . مطبوعات الدار السلفية بالهند ، طبعة أولى ١٤٠١هـ / ١٩٨١ .

ـ سنن البيهقي ، باب المغمى عليه يفيق بعد ذهاب الوقتين فلا يكون عليه قضاؤهما .

وأما حديث عمار رضي ا عنه فانظره في المصادر الثلاثة السابقة أيضا . وهو ليس في الموطأ .

والمعتبر عند الشيخين هو مرور يوم وليلة على المغمى عليه في قضاء جميع ما فاته ، فإذا زاد إغماؤه على ذلك لم يجب عليه قضـاء شيء ، وتظهر الثمرة ـ بين الشيخين ومحمد ـ فيما إذا أغمي عليـه عند الضحوة ثم أفاق من الغد قبل الزوال بساعة مثلا ، فهذا أكثر من يوم وليلة من حيث الساعات ، فلا قضاء عليه عندهما ، وعند محمد يقضي لعدم دخول الوقت السادس[١] .

وقد استدل الشيخان فيما ذهبا إليه بما أثر عن علي وابن عمر رضي ا عنهم[٢] ، وقد ضعف ابن الهمام الاستدلال بذلك مرجحا رأي الإمام محمد ، فبعد أن ذكر الروايات عن ابن عمر رضي ا عنهما قال : '' فقد رأيت ما هنا عن ابن عمر ، وشيء منهـا لا يدل على أن المعتبر في الزيادة السـاعات ، إلا ما يتخايل من قوله أكثر من يوم وليلة[٣] ، وكل من روايتي الشـهر والثلاثة الأيام يصلح مفسـرا لذلك الأكثر ـ ولو لم يكـن وجب كون المراد به خاصـا من الزيادة ـ ؛ لأن المراد به ما دخل في الوجـود ولا عموم فيه[٤] ، وحمله على كون الأكثرية بالسـاعة ليس بأولى من كونها وقتا . وأما الرواية عن علي فلم تعرف في كتب الحديث ، والمذكور عنه في كتب الفقـه أنه أغمي عليـه أربع صلوات فقضاهن ، وأهل الحديث يروون هذا عن عمار''[٥].

هذا عن **الحنفية** ، أما **المالكيـة** فقد ذهبوا إلى أن المغمى عليه إذا أفاق فإنه لا يقضي ما فاته من الصلوات حال إغمائه ، يقول ابن عبد البر في ذلك : '' أصح ما في هـذا الباب في المغمى عليه يفيق أنه لا قضـاء عليه لما فاتـه

---

(١) حاشية الطحطاوي ٢٨٣/٢ ، مكتبة البابي الحلبي بالقاهرة ، الطبعة الثالثة ١٣١٨هـ .

(٢) الهداية ١٠/٢ .

(٣) وهي رواية أنه رضي ا عنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض .

(٤) أي أن المراد بالأكثر عن اليوم والليلة هو ما دخل في وجود وقت جديد للصلاة ، إذ إننا نـتكلم عن أوقات الصـلاة بحيث ينبغي أن تكـون الزيادة من جنس ذلك ، فليس المراد بالأكثر هو مطلق الزيادة عن اليوم والليلة بما لا يدخل معه وقت جديد للصلاة .

(٥) فتح القدير ١٠/٢ وقد سبق قبل قليل تخريج حديث عمار رضي ا عنه ، وكما هو بين فإنه لا يشهد لقول الشيخين ، كذلك فإن الإمام الشافعي لم ير صحته . فتح القدير ١٠/٢ .

وقتـه ، وبه قال ابن شهاب والحسـن وابن سيرين وربيعة ومالك والشـافعي وأبو ثور ، وهو مذهب عبد ا بن عمر أغمي عليـه فلم يقض شـيئا مما فات وقته[1] .

وهـذا هو القياس عندي ـ وا أعلم ـ ؛ لأن الصـلاة تجب للوقت ، فإذا فات الوقت لم تجب إلا بدليل لا تنازع فيه ، ومن لم يدرك من الوقت مقدار ركعة وفاته ذلك بقدر من ا ، فلا قضاء عليه .

والأصول مختلفة في قضاء ما يجب من الأعمـال في أوقات معينة إذا فاتت أوقاتها ، فمنها أن صوم رمضان في وقت بعينه فإذا منع المسلم علة كان عليه أن يأتي بعدة من أيام أخر ، ومنها أن أعمـال الحج في أوقات معينة فإذا فات وقتها لم تعمل في غيرها ، كالوقوف بعرفة وبالمزدلفة وغير ذلك . قام دليل الإجمـاع على ذلك . وقـام الدليل من القرآن على ما ذكرنا في قضاء الصيام . فلما احتملت الصلاة الوجهين جميعا ، طلبنا الدليل على ذلك ، فوجدنا رسول ا صلى ا عليه وسلم قد بين مراد ا منها فيمن نام أو نسي أنه يقضي[2] ، ورأينـا العاجز عن القيام في الصلاة أنه يسقط عنه ، وكذلك إن عجز عن الجلوس وغيره ، حتى يومئ إيماء ، فإذا لم يقدرعلى الإيماء ، فهو المغمى عليه ، ووجب سقوط ذلك عنه بخروج الوقت .

---

(١) عن مالك عن نافع أن عبد ا بن عمر أغمي عليه فذهب عقله فلم يقض الصلاة . قال مالـك : وذلك فيما نرى ـ وا أعلم ـ أن الوقت قد ذهب ، فأما من أفاق في الوقت فإنه يصلي . الموطأ ، كتاب وقوت الصلاة ، باب جامع الوقوت .

(٢) قال صلى ا عليه وسلم : '' من نسي صلاة أو نام عنها فكفارتها أن يصليها إذا ذكرهـا '' . أخرجه الشيخان ، واللفظ لمسلم :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها .....

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها .

وقد اقتصر البخاري في الباب على النسيان ، أما النوم فقد أخرج فيـه صلاة النبي صـلى ا عليه وسلم الصبح بعدما طلعت الشمس ، حيث غاب بلال رضي ا عنه بنوم فلـم يـوقظ أحـدا . البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب الأذان بعد ذهاب الوقت .

ودليل آخـر من الإجماع ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المجنون المطبق لا شيء عليـه بخروج الوقت من صلاة ولا صيام إذا أفاق من جنونه وإطباقه ، وكان المغمى عليه أشبه به منه بالنائم ؛ إذ لا يجتذبه غير هذين الأصليـن ، ووجدناه لا ينتبه إذا نبه ، وكان ذلك فرقا بينه وبين النائم ، وفرق آخر أن النوم لذة ونعمة ، والإغماء علة ومرض من الأمراض ، فحاله بحال من يجن أشـبه منه بحال النائم ''[1] .

ولكن إذا أفاق المغمى عليه في وقت العصر فعليه صلاة الظهر والعصر، وإذا أفاق في وقت العشـاء فعليه صلاة المغرب والعشاء ، وهو وقت الضرورة والتضييق ، وهو خاص بذوي الأعذار وهم خمسة : الحائض تطهر ، والمغلوب يفيق ، والصبي يبلغ ، والكافر يسلم ، والناسي يذكر[2] .

وقد استدل المالكية على اشتراك الوقت قياسـا على صلاة الجمع ، وبما جاء عن بعض الصحابة والتابعين في هذا ، من ذلك قول عبد الرحمن بن عوف رضي ا عنـه '' إذا طهرت الحائض قبـل أن تغرب الشمس صلت الظهـر والعصر جميعا ، وإذا طهرت قبل الفجر صلت المغرب والعشاء جميعا ''[3] ، وعن ابن عباس رضي ا عنهما قـال : '' إذا طهرت المرأة في وقت صـلاة العصر فلتبدأ بالظهر فلتصلها ثم لتصل العصر ، فإذا طهرت في وقت العشـاء الآخرة فلتصل المغرب والعشاء ''[4] . وهـو قول تابعي أهل المدينة والفقهاء

---

(١) التمهيـد لابن عبد البر ٢٩٠/٣ ، ٢٩١ ، طبعـة وزارة عموم الأوقاف والشـئون الإسـلامية بالمغرب .

(٢) التلقين لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي ، ت سنة ٣٦٢هـ ، ٨٨/١ ، المكتبة التجارية بمكة المكرمة ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٤٣ .

(٣) ابن أبي شيبة ، باب في الحائض تطهر آخـر النهار . والبيهقي ، باب قضاء الظهر والعصر بإدراك وقت العصر . وانظر أيضا التلخيص الحبير ١٩٣/١ .

(٤) انظر المصادر السابقة ، وقد رواه أيضا الدارمي : كتاب الطهارة ، باب المـرأة تطهـر عنـد الصلاة أو تحيض ـ دار الكتاب العربي ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٧هـ ـ وهو حديث صحيح .

السبعة[1] . وهذه الآثار وإن كانت في الحائض فإنها تنسحب إلى المغمى عليه ؛ إذ كلاهما من أصحاب وقت الضرورة .

وقد ناقش الإمام محمد بن الحسن أهل المدينة في مسألة اشتراك الوقت ، يقول : أرأيتم المغمى عليه يكون وقت الظهر له حين تغرب الشمس ؟ قالوا نعم. قيل لهم في شـأنه : إذا أفاق وهو لا يقدر على أن يصلي إلا العصر وحدهـا ، أبطلتم الظهر وأمرتموه أن يصلي العصر ، وذلك وقت الظهر له ، كما هو وقت العصر ؟!. قالوا إنما يكون وقت الظهر إذا قدر أن يصلي معه شيئا من العصر، فأما إذا لم يقدر فليس بشيء لوقت الظهر . قيل لهم : فكيف كان له وقت الظهر إذا أدرك منه شـيئا من العصر ، وليس بوقت لـه إذا لم يدرك معه شـيئا من العصر ؟. أسمعتم في هذا بحديث ؟. قال قالوا لا . قيل لهم : إنما هذا على أحد وجهين : إن كان وقتٌ للظهر فلا بد من الصلاة فيه، وإن كان ليس بوقت للظهر فقد أغمي عليـه حتى ذهب وقت الظهر . ووقت الظهر عندنا الذي لا تجوزون للمتعمد أن يجوزه . وكيف جاز لكم أن تجعلوا وقت العصر وقتـا للظهر ، ولم تجعلوه وقتا لصلاة الفجر ، وصلاة الفجر من صلاة النهار ؟!.

أرأيتم رجلا أسلم عنـد غيبوبة الشمس ، قبل أن تغيب الشمس ، عليه أن يصلي الظهر والعصر جميعا وهو يقدر على ذلك قبل أن يغيب الشمس ؟. قالوا نعـم . قيل لهم وكيف رأيتم على هـذا القضاء ولم ترووا فيه حديثا ، وقـد رويتم خلافه ؟!.

أخبرنا مالك بن أنس عن نافع عن ابن عمر أنه أغمي عليه ثم أفاق فلم يقض الصلاة . فكيف رغبتم عن هـذا الحديث إلى غير حديث فيمـا رويتموه فيما قلتم ؟!. وقد جاءت فيما قلنا من هذا أحاديث كثيرة[2] .

(١) البيهقي : الموضع السابق . وقد أورد ابن أبي شيبة آثار بعض التابعين من غير أهل المدينـة : الموضع السابق . وانظرالأوسط لابن المنذر ٢٤٤/٢ ، دار طيبة بالرياض ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ.

(٢) الحجة ١٥٦/١:١٥٨ وانظر أيضا : الأوسط ٢٤٤/٢ ، المحلى ٢٤٧/٣ .

وقد وافـق **الشـافعية**[1] **والظاهرية**[2] **والزيدية**[3] وراجح **الإباضيـة**[4] والأظهر عند **الإمامية**[5] المالكية في القول بعدم القضاء ؛ قياسا على المجنون وعلى ما فوق يوم وليلة ، وقد أورد ابن حـزم بعض الآثـار المتعارضة في المسألة ، كما عقب على قول أبي حنيفة بقوله : أما قول أبي حنيفة ففي غاية الفساد لأنه لا نص أتى بما قال ولا قياس ، لأنه أسقط عن المغمى عليـه ست صلوات ولم ير عليه قضـاء شيء منهن ، وأوجب عليه إن أغمي عليـه خمس صلوات أن يقضيهن ، فلم يقس المغمى عليـه على (المجنون)[6] في إسـقاط الصلاة ، ولا قاس المغمى عليه على النائم في وجوب القضـاء عليه في كل ما نام عنه[7] .

وقد رجح عدم القضاء لرفع القلم عن المجنون ، يقول : '' والمغمى عليه لا يعقل ولا يفهم ، فالخطاب عنه مرتفع ، وإذا كان من ذكرنا [المجنون والمغمى عليه والحائض والنفساء] غير مخاطب بها في وقتها الذي ألزم الناس أن يؤدوها فيه فلا يجوز أداؤها في غير وقتها ؛ لأنه لم يأمر الله تعالى بذلك ، وصلاة لم يأمر الله تعالى بها لا تجب''[8] .

---

(١) المجموع ٨/٣ .

(٢) المحلى ٣١٧/٢ ، ٣١٨ .

(٣) التاج المذهب ١٣٢/١ ، ١٣٣ وقد اشـترط الزيدية لعدم القضـاء عدم تضيق الأداء ، بمعنى أن من أغمي عليـه ولم يكن قد أدى فريضـة الوقت ، وكان بقي من الوقت ما يستطيع أن يـؤدي الفريضة ، فإنه لا يقضي هذا الفرض إذا أفاق بعد انتهاء وقته . أما إذا أغمي عليه ولم يكن قد أدى فريضة الوقت وكـان بقي من الوقت ما لايستطيع أن يدرك الفريضة فإنه يقضيها حينئـذ إذا أفـاق لتقصيره .

(٤) النيل ٤٧٨/٢ .

(٥) شرائع الإسلام ١٢٠/١ .

(٦) في الأصل : المغمى عليه .

(٧) المحلى ٣١٧/٢ .

(٨) السابق ٣١٨/٢ .

أما **الحنابلة** فقد ذهبوا إلى أن المغمى عليه يجب عليه قضاء ما فاته من صلوات حـال إغمائه ، واستدلوا في ذلك بما جـاء عن بعض الصحابة كعمار وسمرة بن جندب رضي ا عنهما[1] ، يقول ابن قدامة : '' وهذا فعل الصحابة وقولهم ، ولا نعرف لهم مخالفا ، فكان إجماعا . ولأن الإغماء لا يسـقط فرض الصيام ، ولا يؤثر في استحقاق الولاية على المغمى عليه ، فأشبه النوم . فأما حديثهم[2] فباطل ، يرويه الحكم بن سعد ، وقد نهى أحمد رحمه ا عن حديثه ، وضعفه ابن المبارك ، وقال البخاري تركوه . وفي إسناده خارجة بن مصعب ، وهو ضعيف أيضا . ولا يصح قياسه على المجنون ؛ لأن المجنون تتطاول مدته غالبـا ، وقد رفع القلم عنه ، ولا يلزمه صيام ، ولا شيء من أحكام التكليف ، وتثبت الولاية عليه ، ولا يجوز على الأنبياء عليهم السلام ، والإغماء بخلافه ، وما لا يؤثر في إسقاط الخمس لا يؤثر في إسقاط الزائد عليها كالنوم ''[3] .

وعلى المغمى عليه أن يصلي ما فاته مرتبا ، إذا كان الوقت الذي أفاق فيه يتسع لهـا ولفريضته ، ومما ذكره الحنابلة في وجوب ترتيب تأدية الفوائت أن المشركين شغلوا رسـول ا صلى ا عليه وسلم عن أربع صلوات يـوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شـاء ا ، فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشـاء[4] . أما إذا خشي فوات فريضة الوقت الذي أفاق فيـه إذا صلى الفوائت قبلهـا ، فالصحيح

---

(١) ابن أبي شيبة ، باب ما يعيد المغمى عليه من الصلاة .

عبد الرزاق ، باب صلاة المريض على الدابة .

(٢) راجعه وحكم الأئمة عليه في صدر المسألة .

(٣) المغني ١ / ٢٤٠ .

(٤) = الترمذي ـ واللفظ له ـ ، كتاب الصلاة ، باب ما جاء في الرجل تفوته الصلاة بأيتهن يبدأ . دار إحياء التراث العربي ببيروت ، بدون تاريخ .

= النسائي ، كتـاب المواقيت ، باب كيـف يقضى الفائت من الصـلاة . مكتـب المطبوعـات الإسلامية بحلب ، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .

في المذهب هو سقوط الترتيب حينئذ ، حيث يقدم الحاضرة ولا يعيدها بعد أدائه الفوائت[1] .

وبعد استعراض مذاهب الفقهاء في قضاء المغمى عليه ، يمكن القول بأن مدار القضاء إنمـا يرجع إلى الحرج أو عدمه ، وليس إلى التنـازع في المغمى عليـه هل يقاس على النائم المخاطب بالتكليف فيقضي ، أم يقاس على المجنون غير المخاطب به فلا يقضي ؟. وذلك لأن الحائض مثلا على الرغم من كونهـا تعقل الخطاب فإنها لا تقضي الصلاة ؛ لما في ذلك بعض المشـقة ، برغم أن القضاء يكون أياما قليلة غالبا ، وهذا خلاف النائم الذي يجب عليه قضاء ما فاته حال نومه ، لأن نومه يستغرق بعض يوم عادة وكذا نسيانه .

ولكن ما الحد الذي يكون معه قضاء المغمى عليه يوصف ببعض مشقة ؟. يمكن تحديد هذا بأمرين :

الأول : ما جـاء في بعض الروايات عن ابن عمر رضي ا عنـه أنه أغمي عليه فأعاد صلاة يومه الذي أفاق فيه .

الثاني : القياس على أطول مدة يقضيها النائم ، أو ربما يقـارن المغمى عليه نفسه مدة إغمائه بأطول مدة نوم سبقت عليه ، فإذا تخطتها فلا يقضـي ، وغالبـا لا تتعدى مدة النوم يوما وليلة ، ولعل في تحديد الحنفية عدم القضـاء باليوم والليلة قربا من الصواب ؛ إذ لا يبلغ النوم هذه المدة عادة .

---

(١) المغني ١ / ٣٥٢ .

هل يقضي الصلاة من تكاسل عنها ؟
وهل يعين زمن الفوائت ؟

ذهب بعض الحنفية إلى أن من تقادمت عليه الفوائت وتكاثرت عليه أن يعين الزمن فيما يقضيه ، بأن ينوي ظهر يوم كذا أو عصر يوم كذا وهكذا ، فإن اشتبه عليـه الزمن أو أراد تسـهيل الأمر فعليه أن ينوي أول ظهر عليـه أو آخره[(١)] .

وهذه المسألة تتصل بمسألة أخرى ، هي ترك الصلاة عمدا تكاسلا عنها مددا طويلة ، هل يلزم هـذا التارك قضـاء ما فاته ؟ .

---

(١) ـ فتح القدير ٢٦٨/١ ٣١٢/٢ ١٣/٣ ٢٧٥/٤ .

ـ تبيين الحقائق ١٣/٣ ٢٢٠/٦،٢٢١ .

ـ حاشية الجلبي على تبيين الحقـائق ٣١٤/١ ٧٤/٢ ١٣/٣ ٢٢٠/٦ ، المطبعـة الأميريـة بمصر ، طبعة أولى سنة ١٣١٣هـ .

ـ البحر الرائق ٢٩٧/١ ٢٩٨/٢ ٥٣/٣ .

ـ تكملة البحـر الرائق ٥٤٧/٨ ، دار الكتـاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعـة المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .

ـ حاشية ابن عابدين على البحر الرائق والمسماة بمنحة الخالق على البحـر الرائـق ٢٩٧/١ ، دار الكتـاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعـة المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .

ـ مجمع الأنهر ٧٣٥/٢ .

ـ الدر المختـار ٤١٩/١ ٧٦/٢،٧٧ ٧٣٤/٦،٧٣٥ .

ـ حاشية ابن عابدين على الدرالمختار٤١٩/١،٤٢٢ ٧٦/٢،٧٧،٥٨٤ ٤٨٢/٣ ٧٣٥/٦،٧٣٤

ـ درر الحكام شرح غرر الأحكام وكلاهما لمنلا خُسرو ١٢٧/١ ، دار إحياء الكتب العربيـة ، بدون تاريخ .

ـ حاشية الشُرنْبلالي على درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٢٧/١، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .

وهذا التعدد لمصادر الحنفية نظرا لتباين رأيهم في المسألة .

والجواب أن الجمهور من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والزيدية[5] والإمامية[6] قد ذهبوا إلى وجوب القضاء ، وأن يصاحب هـذا القضاء بقية شروط التوبة عسى أن تبرأ ذمته بذلك .

وذهب الظاهرية[7] وابن تيمية[8] وابن القيم[9] ومن وافقهم إلى أن القضاء غير مشروع ، وعلى العامد أن يكثر من صلاة التطوع والندم والاستغفار ، ولا سبيل إلى استدراك ما فاته .

أدلة الجمهور

الدليل الأول

اسـتدل الجمهور لما ذهب إليه بأن السنة قد أوجبت على من نسي صلاة أو نام عنهـا أن يصليها حين يذكرها[10] ، فعلى الرغم من أن الناسي والنائم

---

(١) البحر الرائق ٨٦/٢ ـ تبيين الحقائق ١٨٥/١ .

(٢) ـ التمهيد ٣٩٥/٦ .

ـ الاستذكار : باب النوم عن الصلاة .

ـ بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٣٢/١ ، دار المعرفة ببيروت ، طبعة سادسة ١٤٠٢هـ .

ـ المدخل لابن الحاج ٦/٣ ، دار التراث ، بدون تاريخ .

(٣) المجموع ٧٧/٣ .

(٤) الإنصاف للمرداوي ٤٤٣/١، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، طبعة أولى ١٣٧٧هـ/١٩٥٧م .

(٥) ـ البحر الزخار ١٧١/٢،١٧٢،١٧٤ .

ـ السيل الجرار للشوكاني ٢٨٩/١ ـ دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ ـ

إلا أن الشوكاني مال إلى عدم القضاء برغم تفسيره لما جاء في الحدائق بوجوب القضاء على العامد.

وانظر رأيه أيضا : نيل الأوطار ٢٥/٢،٢٦ دار التراث بالقاهرة ، بدون تاريخ .

(٦) شرائع الإسلام ١٢٠/١ .

(٧) المحلى ٣١٩/٢ : ٣٢٩ .

(٨) مجموع الفتاوى ٤٠/٢٢ ، ١٠٣ ، الفتاوى الكبرى ٤٨/٢ ، ٤٩ .

(٩) ـ الصلاة وحكم تاركها ٣٦ : ٥٩ دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ .

ـ مدارج السالكين ٢٨١/١ : ٢٩٠ دار التراث العربي بالقاهرة ، ط أولى ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م .

وللإباضية قولان في المسألة : النيل ٤٧٨/٢ .

(١٠) راجع تخريج الحديث ص ٢٠٠ هامش ٢ .

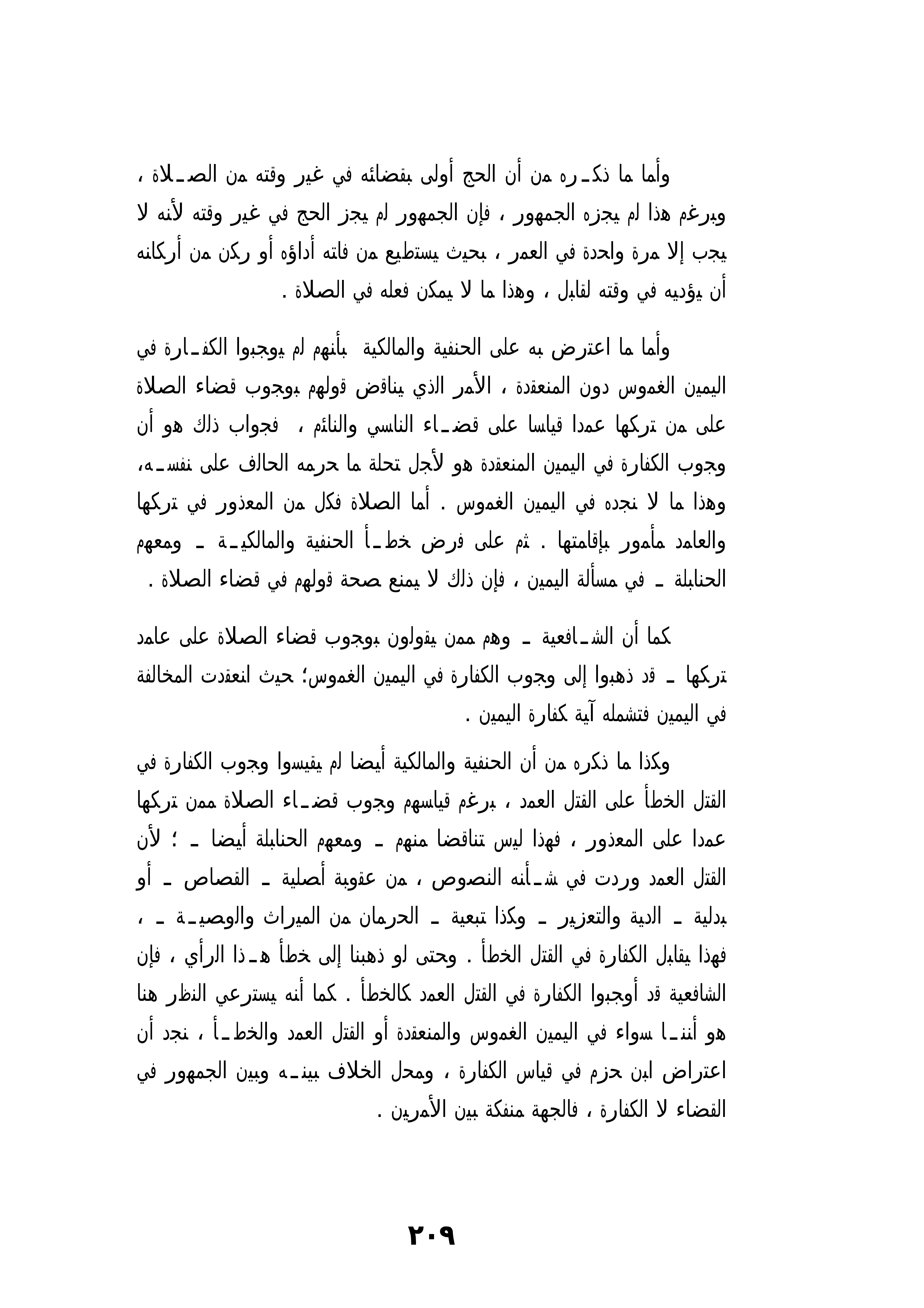
معذوران في ترك الصلاة فإنها لم تسقط عنهما ، فمن تركها متعمدا يكون أولى بالقضاء منهما بمفهوم الخطاب وقياس الأولى ؛ إذ لا عذر له. ولو كانت الصلاة لا تصح إلا في وقتها لم ينفع قضاؤها بعد الوقت في حق النائم والناسي .

وقد طعن ابن حزم في هـذا الدليل بقوله : فإن قالوا قسـنا العامد على الناسي ، قلنا القياس كله باطل ثم لو كان القياس حقا لكان هذا منه عين الباطل ؛ لأن القياس عند القائلين به إنما هـو قياس الشيء على نظيره ، لا على ضده ، وهذا ما لا خلاف فيه بين أحد من أهل القياس ، وقد وافقهم من لا يقول بالقياس على أنه لا يجوز قياس الشيء على ضده ، فصار إجماعا متيقنا وباطلا لا شك فيه. والعمد ضد النسيان ، والمعصية ضد الطاعة ، بل قياس ذلك على ما ذكرنا من الحج أولى[1] لو كان القياس حقا ، لاسيما والحنفيون والمالكيون لا يقيسـون الحالف عامدا للكذب على الحالف فيحنث غير عامد للكذب في وجوب الكفارة ، بل يسقطون الكفارة عن العامد ويوجبونها على غير العامد ، ولا يقيسـون قاتل العمد على قاتل الخطأ في وجوب الكفارة عليه ، بل يسقطونها عن قاتل العمد ، ولا يرون قضاء الصلاة على المرتد. فهذا تناقض لا خفاء به ، وتحكم بالدعوى. وبا تعالى التوفيق[2] .

وما يؤخذ على كلام الإمام ابن حزم هنـا ، هو أن ما ذكره من تأثيـر التضاد في صحة هذا القياس غير صحيح ؛ إذ إن الجمهور لم يقـل بأن العامد غير آثم ولا مؤاخذ بتأخير الصلاة كالمعذور ـ النائم والناسي ـ حتى يعترض عليه بأنه قاس ضدين ، فموضوع القياس هو التكليف بالصلاة وليس رفع الإثم ، وهـذا يشترك فيه المعذور والعامد ، ويزيد في العامد تأكيدا ؛ إذ لو كان يمكن الظن بأن المعذور سقطت عنه الصلاة ، وأن النبي صلى ا عليه وسلم قد نفى هذا الظن ، فنفيه عن العامد أولى . وقياس غير المعذور على المعذور في أصل التكليف ليس غريبا عن الشـرع ، فالصـوم مثلا يقضي فيـه العامد ـ بجانب الكفارة ـ ما أفطره مثلما يقضي المسافر مثلا .

---

(١) وهو قوله مخاطبا الجمهور: قد وافقتمونا على أن الحج لا يجزئ في غير وقته. المحلى ٣٢٢/٢
(٢) السابق ٢ / ٣٢٣ .



وأما ما ذكـره من أن الحج أولى بقضائه في غير وقته من الصـلاة ، وبرغم هذا لم يجزه الجمهور ، فإن الجمهور لم يجز الحج في غير وقته لأنه لا يجب إلا مرة واحدة في العمر ، بحيث يستطيع من فاته أداؤه أو ركن من أركانه أن يؤديه في وقته لقابل ، وهذا ما لا يمكن فعله في الصلاة .

وأما ما اعترض به على الحنفية والمالكية بأنهم لم يوجبوا الكفـارة في اليمين الغموس دون المنعقدة ، الأمر الذي يناقض قولهم بوجوب قضاء الصلاة على من تركها عمدا قياسا على قضـاء الناسي والنائم ، فجواب ذلك هو أن وجوب الكفارة في اليمين المنعقدة هو لأجل تحلة ما حرمه الحالف على نفسـه، وهذا ما لا نجده في اليمين الغموس . أما الصلاة فكل من المعذور في تركها والعامد مأمور بإقامتها . ثم على فرض خطـأ الحنفية والمالكيـة ـ ومعهم الحنابلة ـ في مسألة اليمين ، فإن ذلك لا يمنع صحة قولهم في قضاء الصلاة .

كما أن الشـافعية ـ وهم ممن يقولون بوجوب قضاء الصلاة على عامد تركها ـ قد ذهبوا إلى وجوب الكفارة في اليمين الغموس؛ حيث انعقدت المخالفة في اليمين فتشمله آية كفارة اليمين .

وكذا ما ذكره من أن الحنفية والمالكية أيضا لم يقيسوا وجوب الكفارة في القتل الخطأ على القتل العمد ، برغم قياسهم وجوب قضـاء الصلاة ممن تركها عمدا على المعذور ، فهذا ليس تناقضا منهم ـ ومعهم الحنابلة أيضا ـ ؛ لأن القتل العمد وردت في شـأنه النصوص ، من عقوبة أصلية ـ القصاص ـ أو بدلية ـ الدية والتعزير ـ وكذا تبعية ـ الحرمان من الميراث والوصيـة ـ ، فهذا يقابل الكفارة في القتل الخطأ . وحتى لو ذهبنا إلى خطأ هـذا الرأي ، فإن الشافعية قد أوجبوا الكفارة في القتل العمد كالخطأ . كما أنه يسترعي النظر هنا هو أننـا سواء في اليمين الغموس والمنعقدة أو القتل العمد والخطـأ ، نجد أن اعتراض ابن حزم في قياس الكفارة ، ومحل الخلاف بينـه وبين الجمهور في القضاء لا الكفارة ، فالجهة منفكة بين الأمرين .

وكذلك فإن ما ذكره من تناقضهم في عدم إيجابهم قضاء الصلاة على من كان مرتدا، وهو يزيدعلى تارك الصلاة إثما، ما ذكره غيرصواب؛ لأن من أسلم ورد في شأنه نص يرفع عنه قضاء الصلاة، وهو أن الإسلام يجب ما كان قبله، وابن تيمية ـ وهو ممن وافق ابن حزم في عدم وجوب القضاء على العامد ـ رجح عدم وجوب القضاء على المرتد ، يقول : المرتد الذي كان يعتقد وجوب الصلاة ، ثم ارتد عن الإسلام ثم عاد لا يجب عليه قضاء ما تركه حال الردة عند جمهور العلماء ، كمالك وأبي حنيفة وأحمد في ظاهر مذهبه ، فإن المرتدين الذين ارتدوا على عهد النبي صلى ا عليه وسلم كعبد ا بن سعد بن أبي سرح وغيره مكثوا على الكفر مدة ثم أسلموا ، ولم يأمر أحدا منهم بقضاء ما تركوه ، وكذلك المرتدون على عهد أبي بكر لم يؤمروا بقضاء صلاة ولا غيرها[1] .

هذا ، وقد نقل ابن حجر عمن يقول بأن العامد لا يقضي اعتراضا آخر على القياس الذي استدل به الجمهور على وجوب القضاء عليه ، يقول : القائل بأن العامد لا يقضي لم يرد أنه أخف حالا من الناسي ، بل يقول إنه لو شرع له القضاء لكان هو والناسي سواء ، والناسي غير مأثوم بخلاف العامد ، فالعامد أسـوأ حـالا من الناسي فكيف يستويان ؟.[2] وقد أجاب ابن حجر نفسـه على هذا الاعتراض بقوله : ويمكن أن يقال إن إثم العامد بإخراجه الصلاة عن وقتها باق عليه ولو قضاها ، بخلاف الناسي فإنه لا إثم عليه مطلقا ....[3] .

وقد وجه ابن القيم إلى هذا القياس أيضا بعض الانتقادات ، يقول : قولكم وإذا كان النائم والناسي للصلاة وهما معذوران يقضيانها بعد خروج وقتهـا ، كان المتعمد لتركها أولى . فجوابه من وجوه :

---

(١) مجموع الفتاوى ١٠٣/٢٢ وانظر في قصة إسلام عبد ا بن سـعد بن أبي سرح رضـي ا عنه : سير أعلام النبلاء للحافظ الذهبي ٣٤/٣ ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ

(٢) فتح الباري ٧١/٢ طبعة السلفية بمصر ، طبعة أولى ١٣٨٠ . وانظر أيضا نيل الأوطـار ٢٥/٢ ، ٢٦ .

(٣) فتح الباري ٧١/٢ .

أحدها : المعارضة بما هو أصح منه أو مثله ، وهو أن يقال لا يلزم من صحة القضـاء بعد الوقت من المعذور ـ المطيع ورسوله الذي لم يكن منه تفريط في فعـل ما أمر به وقبوله منه ـ صحته وقبوله من متعـد لحدود ا مضيع لأمره تارك لحقه عمدا وعدوانا ، فقياس هذا على هذا في صحة العبادة وقبولها منه وبراءة الذمة بها من أفسد القياس .

الوجه الثاني : أن المعذور بنوم أونسيان لم يصل الصلاة في غير وقتها، بل في نفس وقتها الذي وقته ا له، فإن الوقت في حق هذا حين يستيقظ ويذكر، كما قال صلى ا عليه وسلم: (من نسي صلاة فوقتها إذا ذكرها) رواه البيهقي والدارقطني وقد تقـدم[1] . فالوقت وقتـان : وقت اختيـار ووقت عذر . فوقت المعذور بنوم أو سهو ، هو وقت ذكره واستيقاظه ، فهذا لم يصل الصلاة إلا في وقتها ، فكيف يقاس عليه من صلاها في غير وقتها عمدا وعدوانا[2] .

---

(١) يقول ابن القيم في الموضع المشار إليه : هل تسمى هذه الصلاة أداء أو قضاء ؟ . فيـه نـزاع لفظي محض ، فهي قضاء لما فرض ا عليهم ، وأداء باعتبار الوقت في حق النائم والناسي ، فإن الوقت في حقهما وقت الذكر والانتباه ، فلم يصلها في وقتها الذي أمرنا بإيقاعها فيه . وأما ما يذكره الفقهاء في كتبهم من قوله (فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها) . فهذه الزيادة لم أجدها في شيء من كتب الأحاديث ولا أعلم لها إسنادا ، ولكن قد روى البيهقي والدارقطني من حديث أبي الزنـاد عـن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى ا عليه وسلم قال : (من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها) . الصلاة وحكم تاركها ص ٣٤ .

وكما هو بين فإن هذا الحديث الذي رواه البيهقي ـ ٢١٩/٢ ـ والدارقطني ـ ٤٢٣/١ ـ كما هو مثبت هنا وقع به خطأ ، حيث ينبغي حذف (فليصل) ويوضع مكانه (فوقتها) ؛ يدل لهذا سياق الكلام ، وما هو مثبت في البيهقي والدارقطني نفسيهما ، ونقلُ ابن القيم عنهما في المتن .

(٢) وفي هذا يقول الشوكاني : الأدلة الثابتة عنه صلى ا عليه وآله وسلم لم ترد إلا فـي الـسهو والنسيان والنوم ، وقال صلى ا عليه وآله وسلم فيها : فوقتها حين يذكرها ، لا وقت لها إلا ذلك . وهذا يفيد أن ذلك وقتها إذن لا قضاء ، فتكون هذه الأحاديث مخصصة لما ورد من توقيت الـصلاة وتعيين أوقاتها ابتداء وانتهاء ، فيقال إلا الصلاة التي نام عنها ، فإن فِعلها عند الذكر هو وقت أدائها ولو بعد خروج الوقت المضروب لتلك الصلاة .

وأما العمد فلا تشمله هذه الأحاديث الواردة في النوم والسهو والنسيان ، ولا يدخل تحتهـا ولا يصح قول من قال إنه إذا ثبت القضاء مع السهو والنوم ثبت مع العمد بفحوى الخطاب ؛ لأنا =

الثالث : أن الشـريعة قد فرقت في مواردها ومصـادرها بين العـامد والناسي ، وبين المعذور وغيره ، وهـذا مما لا خفاء به ، فإلحاق أحد النوعين بالآخر غير جائز .

الرابع : إنا لم نسقطها عن العامد المفرط ونأمر بها المعذور حتى يكون ما ذكرتم حجة علينا ، بل ألزمنا بهـا المفرط المتعدي على وجه لاسبيل له إلى استدراكها تغليظا عليه ، وجوزنا قضاءها للمعذور غير المفرط[1] .

أما الاعتراض الأول الذي وجهه الإمام ابن القيم إلى هـذا القياس ، فقد سبق الجواب عليه في بداية الرد على طعن ابن حزم السابق[2] ، يضاف إليه أن خروج الوقت لا يرفع عمن تعمد تركها التكليف بها ؛ إذ لو كان خروج الوقت في ذاته يجعـل الصلاة غير مشروعة ، فصلاة المعذور تكـون غير صحيحة أيضا ، ولكن الذي جعلها صحيحة هو عذره . معنى هذا أن غير الصحيح يمكن أن ينقلب صحيحا بأمر خارج عنه ، والعامد يرجو بالندم والتوبة وفعل الخيرات أن تصح صلاته ، عسى أن تغفر جريرته التي هي دون الشـرك ﴿إن الله لا يغْفِر أَن يشْرك بِهِ ويغْفِر ما دون ذَلِك لِمن يشَاء﴾[3] . هـذا عن رجاء صحة

= نقول ليس تأدية الصلاة التي نام عنهـا أو نسيها من باب القضـاء بل من باب الأداء ، فلا يـتم القياس من هذه الحيثية . السيل ٢٨٩/٢ ، ٢٩٠ .

والأصـل لكلام ابن القيم والشوكاني هو قول ابن حزم : '' فإنكم تجيزون الناسي والنائم والسكران على قضائها أبدا ، وهذا خلاف قولكم بالوقت ؟. قلنا لا ، بل وقت الصلاة للناسي والنـائم والسكران ممتد أبدا غير منقضٍ ، وبرهان ذلك أنهم ليسوا عصاة في تأخيرها إلى أي وقت صـلوها فيه '' . المحلى ٣٢١/٢ ، ٣٢٢ .

وإذا كان الناسي والنائم ليسا عاصيين في تأخير الصلاة ، فلا يكون السكران كذلك . هـذا وقد نوه الشيخ شاكر في الحاشية إلى أن '' الفعل (تجيزون) جاء في الأصلين هكذا ، وله وجـه ، ولعل الأحسن منه أن يكون (تجبرون) '' .

(١) الصـلاة ص ٥٢ .

(٢) راجع ص ٢٠٨ .

(٣) النساء ٤٨ ، ١١٦ .

الصلاة ، أما قبولها فلم يقل الجمهور هذا ولا يستطيعه حتى في الصلاة المؤداة في وقتها. وأما براءة الذمة ، فلابد حتى تتحقق من توبة بجانب القضاء ، وإذا كان العامد لا يرجو براءة الذمة بالقضاء والتوبة فبأي شيء تبرأ ؟! . ولا يعني براءة ذمته لزوم غفران ذنبه ، فهذا موكول إلى ربه سبحانه .

والاعتراض الثاني الذي ذكره الإمام ابن القيم هو أن صلاة المعذورتكون في وقتهـا ، أما العامد فلا تكون كذلك ، واستدل بالحديث '' من نسـي صلاة فوقتها إذا ذكرها ''، فلا تقاس إحداها على الأخرى . ولكن الحديث قد نفى النقـاد وروده بهذا اللفظ لعدم صحة سنده[1] ، وعلى الرغم من أن ابن القيم قد أثبت الحديث عن البيهقي فإنه لم ينقل ما قاله البيهقي نفسـه وما نقله عن غيره في تجريحه ، ولو أنه كـان يرى صحة الحديث بهذا اللفظ لناقش ـ كما هو دأبه ـ من أنكره ، بيد أنه سكت عن ذلك مكتفيا بإيراده ، ومثبتا في الوقت نفسه ما يشـعر بعدم صحة ما يقارب لفظـه ، وهـو ما يورده الفقهـاء في كتبهم '' فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك وقتها '' ...... إلى آخر ما ذكره[2] .

وحتى لو صح هذان اللفظان فإنه لم يرد فيهما بأن وقت الصلاة المأمور تأديتهـا في وقت محدد لم يخرج ، وإنما الذي ورد فيهما هو أن وقت الصـلاة **المنسية** هو وقت ذكرها ، أي ليس في ذلك تعرض لامتداد وقت الصلاة المحدد وقتهـا سلفا ، فصلاة النائم هي صلاة مقضية ، وهـذا ما يقوله الإمام ابن القيم نفسـه : '' هي قضاء لما فرض ا عليهم ، وأداء باعتبار الوقت في حق النائم والناسي . فإن الوقت في حقهما وقت الذكـر والانتباه ، فلم يصلها إلا في وقتها الذي أمرنا بإيقاعها فيه ''[3] . ووقتها الذي أمرنا بإيقاعها فيه هـو وقت الذكر والانتباه كما قال ، وليس وقتا واقعا بين طرفين محددا سلفا .

---

(١) سنن البيهقي ٢١٩/٢ .

(٢) راجع ص ٢١١ هامش ١ .

(٣) الصـلاة ص ٣٤ .

ولو كان وقت صلاة المعذور هو وقت الصلاة المحدد سلفا ـ وهو ما لا يتصور حسا وواقعا ـ فلم فزع النبي صلى ا عليه وسلم وأصحابه رضي ا عنهم حينما استيقظوا بعد شروق الشمس ولما يؤدوا صلاة الصبح ؟ . ولم سألوه صلى ا عليه وسلم : ألا نعيدها في وقتهـا من الغد ؟ . فلم يجبهم النبي صلى ا عليه وسلم بأنهم قد أدوا الصلاة في وقتها فلا حاجة لإعادتها ، وإنما أجابهم بأن عدم إعادتها يرجع إلى أنه سبحانه قد نهاهم عن الربا فلا يقبله منهم[1] . ولم فسر ابن القيم نفسه قوله صلى ا عليه وسلم فيمن نام عن صلاة الصبح '' وإذا كان من الغـد فليصلها لميقاتها '' فسره بأنه ليس متعارضا مع قوله صلى ا عليـه وسلم السـابق '' أينهاكم ربكم تبارك وتعالى عن الربا ويقبله منكم '' ، يقول : وعندي ، أنه لا تعارض بين الحديثين ، ولم يأمر رسول ا صلى ا عليه وسلم بإعادتها من الغد ، وإنمـا الذي أمر به فعل الثانية في وقتها ، وأن الوقت لم يسقط بالنوم والنسيان بل عاد إلى ما كان عليه . وا أعلم[2]. وما دام عـاد إلى ما كان عليه ، فإنه يعني أنه خرج عن وقته المحدد سلفا . بيد أن الأقرب من هـذا كله ، هو أن يقـال إن صلاة الناسي أو النائم إذا كانت صلاة مؤداة في الوقت المحدد سلفا ، فلماذا وصفت بالنسيان والنـوم ما دام أديت في وقتها المحدد سلفا ؟! .

جملة القول هي أن النائم ومن شابهه ، إنما يقضي الصلاة في غير وقتها المحدد بدءا ، بيد أنه لا يأثم بهذا التأخير ، والجمهور لم يقس العامد على النائم

---

(١) لا يعترض بما ورد في إحدى روايات الحديث : يارسول ا هلكنا فاتتنا الصلاة . فقال رسول ا صلى ا عليه وسلم : '' لم تهلكوا ولم تفتكم الصلاة ، إنما تفوت اليقظان ولا تفوت النائم '' . ـ أحمد ، باقي مسـند الأنصار ، رقم ٢٢٠٦٩ ، أسطوانة صخر في الكتب التسعة ـ لأن معنـى عدم فوتهـا في حق النائم هو براءة ذمته وعدم مؤاخذته رغم تأديتها في غير وقتها المحدد ؛ يـدل لهذا ما جاء في الروايات الأخرى من أن كفارة النائم هو أن يصليها إذا ذكرها ، وكذا ما ورد مـن أنه ليس في النوم تفريط . والحديث أخرجه :

البخاري رقم ٣٤٤ ، ٥٩٥ ، ٣٥٧١ ، ٧٤٧١ . ط السلفية .

مسلم ، رقم ٦٨٠ ، ٦٨١ ، ٦٨٢ ، ٦٨٣ ، ٦٨٤ . ترقيم عبد الباقي .

(٢) الصـلاة ص ٥٦ .

في رفع الإثم حتى يعترض عليه بأنه كيف يقاس العامد الآثم بفعله على المعذور غير المؤاخذ بتأخيره ، وإنما قال بأن الشرع إذا كان قد أوجب على النائم قضاء الصلاة ، وكان يمكن أن يسقطها عنه لعذره ، فالعامد أولى بخطابه بالقضاء الذي لا يرفع وحده عنه إثم التأخير الذي يستوجب توبة يرجو بها رفعه .

وأما الاعتراض الثالث الذي أدلى به الإمام ابن القيم ، فهو ما ذكره من أن الشريعة قد فرقت في مواردها ومصادرها بين العامد والناسي وبين المعذور وغيره ، وهذا مما لا خفاء به ، فإلحاق أحد النوعين بالآخر غير جائز .

والجواب هو أن الشريعة وإن كانت قد فرقت بين المعذور والعامد فليس ذلك في أصل الوجوب وشغل الذمة به ، فمن وجبت عليه زكاة المال مثلا ، ثم تعمد تأخيرها عن الحول مدة ما ، وآخر نسي إخراجها هذه المدة أيضا ، ثم تاب العامد وتذكر الناسي ، فهـل يختلفان في وجوب إخراجها ؟!. ومن أفطر يوما دون عذر في رمضان بالوقـاع فعليه قضاؤه ، وهو في هـذا مساو للمعذور كالمسافر، أي مساو له في وجوب القضاء، لكنه يزيد عليه في كيفية براءة الذمة من ذلك ، فالمعذور يجزئه صيام يوم ، والآخـر يضيف إليـه الكفارة مستغفرا لذنبه[1] .

والشوكاني الذي مال إلى رأي ابن القيم ، لم يطلق القول في أن الشريعة قد فرقت بين العامد والناسي ، والمعذور وغيره ، حيث نراه في مسألة الصيام يوجب على من تعمد الفطر دون عذر في رمضان القضاء بجانب الكفارة[2] .

والاعتراض الرابع والأخير يقول فيه الإمام ابن القيم : إنا لم نسقطها عن العامد المفرط ونأمر بهـا المعذور حتى يكون ما ذكرتم حجة علينا ، بل ألزمنا بها المفرط المتعدي على وجه لا سبيل له إلى استدراكها تغليظا عليه ، وجوزنا قضاءها للمعذور غير المفرط[3] .

---

(١) سيأتي مزيد بحث في هذه الجزئية خلال هذه المسألة .

(٢) السيل الجرار ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

(٣) الصـلاة ص ٥٢ .

وكما هو بين فإن الإمام ابن القيم يلزم العامد ما تركه من صلوات ، وقد أرجع عدم قضائه ما فاته إلى أنه لا سبيل إلى استدراكه . ولكن الجمهور لم يقل بأن من يقضـي ما تركه عمدا يكـون بذلك قد أدرك ما فاته ، وأنه كمن صلى الصلاة في وقتها ، لم يقـل بهذا حتى يعترض عليـه بأن القاضي لا يمكنه أن يستدرك ما فاته ، وإنما قال بأن الصلاة لا تسقط بتأخيرها عمدا ويلزم قضاؤها مع الندم والتوبة ، ولا شأن لنا بأن تكون هذه الصلاة كالتي أديت في وقتهـا أو أنها تصير مقبولة ؛ إذ إن ذلك من اختصاص المولى سبحانه ، والذي يرجوه العامد بالقضاء والتوبة هو رفع الإثم عنه، فهذا دون الشرك كما سبق أن ذكرنا.

فما حكم به الإمام ابن القيم من أن العامد لا يمكنه استدراك ما فاته ، إنما هو وصف لواقع الحال ؛ إذ لا يمكن للزمن أن يعود ثانية ، وهـذا يغاير إمكان عدم المؤاخذة بالقضاء والتوبة . ثم إن البديل الذي قدمه الإمام ابن القيـم عن القضاء هو الإكثار من صلاة التطوع والتوبة وفعل الخيرات ، فهل الأولى في رجاء عدم المؤاخذة هو ذاك أم تفريغ الذمة مما علق بها ؟.

ثم إننا حتى لو افترضنا أن العامد لا يجزئه القضـاء والتوبة وأن الإثم لازمه ، فإن ذلك لا يرفع القضاء عنه ، كالصوم الذي هو أقل شأنا من الصلاة ، ففي الحديث '' من أفطر يوما من رمضان من غير رخصة ولا مرض لم يقض عنه صيام الدهر كله وإن صامه ''[1] ، وبرغم هذا فعلى المفطر عمدا القضاء ـ والكفارة ـ يقول الشوكاني : لا ينافي وجوب القضاء على العامد ما أخرجه أهل السنن وغيرهم عن أبي هريرة قال : قال رسـول ا صلى ا عليه وآله

---

(١)أورده البخاري معلقا بصيغة الضعف في كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان . وانظـره مسندا :

ـ أبو داود ، كتاب الصوم ، باب التغليظ في من أفطر عمدا .

ـ الترمذي ، كتاب الصوم ، باب ما جاء في الإفطار متعمدا .

ـ أحمد ، باقي مسند المكثرين ، رقم ٨٧٨٧ ، ٩٤١٣ ، ٩٥٩٣ ، ٩٧٣٠ ، ٩٧٣١ .

وسيأتي الكلام عن سنده ص ٢٢٥ .

وسلم : '' من أفطر يوما من رمضان من غير رخصة لم يجزه صيام الدهر ''، فإن هـذا إنما هو بيان لعظم جرمه وغلظ معصيته ، وأنه قد فعـل ما لا يمكن تلافيه[1] .

هـذا ، وإذا كان قد سلم للجمهور دليل القياس هذا من الانتقادات السابقة التي وجهت إليه ، فإن الأدلة الأخرى المتعلقة بما بني عليه هذا القياس لم تسلم من انتقاداتها . **من ذلك** ما ذكره ابن دقيق العيد ، فبعد أن ساق الاستدلال بقياس الأولى قال : وحكى القاضي عياض عن بعض المشايخ أن قضاء العامد مستفاد من قوله عليه السلام '' فليصلها إذا ذكرها ''؛ لأنه بغفلته عنها وعمده كالناسي، ومتى ذكـر تركها لزمه قضـاؤها . وهـذا ضعيف ؛ لأن قوله عليـه السلام '' فليصلها إذا ذكرها ''عائد إلى الصلاة المنسية أو التي يقع النوم عنها ، فكيف يحمل ذلك على ضد النوم والنسيان وهو الذكر واليقظة ؟!. نعم لو كـان كلاما مبتدأ مثل أن يقـال (من ذكر صلاة فليصلها إذا ذكرها) لكان ما قيل محتملا على تحمل مجـاز . وأما قوله كالناسي ، إن أراد بذلك أنه مثله في الحكم فهـو دعوى ، ولو صحت لم يكن ذلك مستفادا من اللفظ ، بل من القياس أو من مفهوم الخطاب الذي أشرنا إليه .

وكذلك ما ذكر في هـذا الاستناد إلى قوله '' لا كفارة لهـا إلا ذلك '' والكفارة إنما تكون من الذنب، والنائم والناسي لا ذنب لهما، وإنما الذنب للعامد : لا يصح أيضا ؛ لأن الكلام كله مسوق على قوله ''من نام عن صلاة أو نسيها'' والضمائر عائدة إليها ، فلا يجوز أن يخرج عن الإرادة ، ولا أن يحمل اللفظ ما لا يحتمله . وتأويل لفظ الكفارة هنـا أقرب وأيسر من أن يقـال إن الكلام الدال على الشيء مدلول به على ضده ، فإن ذلك ممتنع ، وليس ظهور لفظ الكفـارة في الإشعار بالذنب القوي يصادم به النص الجلي ، في أن المراد الصلاة المنسية أو التي وقع النوم عنها . وقد وردت كفارة القتل خطـأ مع عدم الذنب ، وكفارة

(١) السيل الجرار ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

اليمين با مع استحباب الحنث في بعض المواضع[1] .

ومن ذلك أيضا ما استدل به الجمهور من أن النسيان في لسـان العرب يكون للترك عمدا أو يكون ضد الذكر، قال ا تعالى نَسوا الله فَنَسِيهم [2] ، أي تركوا طاعة ا والإيمان بما جاء به رسول ا صلى ا عليه وسلم فتركهم ا من رحمته[3] .

وقد أجاب ابن القيم على هـذا الدليل بقوله : إن النسيان في القرآن على وجهين : نسيان ترك ، ونسيان سهو . ولكن حمل الحديث على نسـيان الترك عمدا باطل لأربعة وجوه :

أحدها : أنه قال : '' فليصلها إذا ذكرها '' وهذا صريح في أن النسيان نسيان سهو لا نسيان عمد ، وإلا كان قوله '' إذا ذكرها '' كلاما لا فائدة فيه ، فالنسيان إذا قوبل بالذكرلم يكن إلا نسيان سهو كقوله واذْكُر ربكَ إِذَا نَسِيتَ [4] وقوله صلى ا عليه وسلم '' إذا نسيت فذكروني ''[5] .

الثاني : أنه قال : '' فكفارتها أن يصليها إذا ذكرها '' ، ومعلوم أن من تركها عمدا لا يكفر عنه فعلها بعد الوقت إثم التفويت . هـذا مما لا خلاف فيه بين الأمة ، ولا يجوز نسبته إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم ؛ إذ يبقى معنى الحديث من ترك الصلاة عمدا حتى خرج وقتها فكفارة إثمه صلاتها بعد الوقت . وشناعة هـذا القول أعظم من شناعتكم علينا القول بأنها لا تنفعه ولا تقبل منه . فأين هذا من قولكم ؟!.

---

(١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيـد ٢/ ٥٨ ، ٥٩ ، نـشر مطبعـة الـسـنة المحمدية ، بدون تاريخ .

(٢) التوبة ٦٧ .

(٣) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة ـ فتح الباري ٧١/٢ .

(٤) الكهف ٢٤ .

(٥) الحديث أخرجه : البخاري ، كتاب الصلاة ، باب التوجه نحو القبلة .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب السهو في الصلاة ...

الثالث : أنه قابل الناسي في الحديث بالنائم ، وهـذه المقابلة تقتضي أنه الساهي كما يقول جملة أهل الشرع : النائم والناسي غير مؤاخذين .

الرابع : أن الناسي في كلام الشارع إذا علق به الأحكام لم يكـن مراده إلا الساهي ، وهذا مطرد في جميع كلامه كقوله '' من أكل أو شرب ناسيا فليتم صومه ، فإنما أطعمه ا ''[1] .

ومن ذلك أيضا ما رواه أبو عمر بن عبد البر عن ابن عباس قال : كان رسـول ا صلى ا عليه وسلم في سفر ، فعرسوا في آخر الليل فلم يستيقظوا حتى طلعت الشمس ، فأمر بلالا فأذن ثم صلى ركعتين . قال ابن عباس : فما يسرني بها الدنيا وما فيها ؛ يعني الرخصة[2] .

قال أبو عمـر : ذلك عندي ـ وا أعلم ـ لأنه كان سـببا إلى أن أعلم أصحابه المبلغين عنه إلى سائر أمته بأن مراد ا من عباده في الصلاة ـ وإن كانت مؤقتة ـ أن من لم يصلها في وقتها يقضيها أبدا متى ذكرها ، ناسـيا كان لها أو نائما عنها أو متعمدا لتركها[3] .

وقد أجاب ابن القيم أيضا على هذا الاستدلال بقوله: هذا ظن محض منكم أن ابن عباس أراده ، ومعلوم أن كلامه لا يدل على ذلك بوجه من وجوه الدلالة ولا هو يشعر به ، ولعل ابن عباس إنما سر بهـا ذلك السرور لكونه صلاها مع رسول ا صلى ا عليه وسلم وأصحابه، وفعل مثل ما فعلوا وحصل له سهمان من الأجر كما حصل للصحابة ، وخص تلك الصلاة بذلك تنبيها للسامع أنها مع

---

(١) الصلاة وحكم تاركها ٤٧ ، ٤٨ والحديث أخرجه :
البخاري ـ والسياق له ـ ، كتاب الصوم ، باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا .
مسلم ، كتاب الصوم ، باب أكل الناسي وشربه وجماعه لا يفطر .

(٢) الحديث في الصحيحين من رواية أبي قتادة وعمران بن حصين وأبي هريرة ، وروايـة ابـن عباس عند النسائي ، كتاب المواقيت ، باب كيف يقضي الفائت من الصلاة . ولكن دون قـول ابـن عباس '' فما يسرني ..... '' فهو بالتمهيد ٢٥٤/٥ ، والاستذكار : باب النوم عن الصلاة .

(٣) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة .

كونها ضحى ـ قد فعلت بعد طلوع الشمس ـ فلا يظن أنها ناقصة وأنها لا أجر فيها ، فما يسرني بها الدنيا وما فيها . وليس ما فهمتموه عن ابن عباس أولى من هذا الفهم . ولعله أراد أن ذلك من رحمة ا بالأمة ليقتدي به من نام عن الصلاة ولم يفرط بتأخيرها . فمن أين يدل كلامه هذا على أن سروره بتلك الصلاة لأنها تدل على أن من لم يصل وأخر صلاة الليل إلى النهار عمدا ، وصلاة النهار إلى الليل ، أنها تصح منه وتقبل وتبرأ بها ذمته ، وإن فهم هـذا من كلام ابن عباس لمن أعجب العجب ، فأخبرونا كيف وقع لكم هذا الفهم من كلامه ، وبأي طريق فهمتموه ؟![1] .

الدليل الثاني والثالث

وقد استدل الجمهور أيضا لوجوب قضـاء الصلاة على العامد بالقيـاس على الصيام ، حيث يجب القضاء فيه على العامد والمعذور ، وهو عبادة مؤقتة محدودة الطرفين كالصلاة ، وكلاهمـا دين المولى سبحانه وتعالى وهـو أحق بالقضاء ، بل يزداد القضاء تأكيدا في الصلاة عنه في الصيام .

فهذا في حقيقته دليلان : الصلاة دين للمولى سبحانه وهو أولى بالقضاء كسائر ديونه سبحانه من صوم وحج وغير ذلك . ثم قياس الصلاة على الصـوم في وجوب القضاء على العامد والناسي .

يقول ابن عبد البر : (سوى ا سبحانه وتعالى في حكمهما [العامد والناسي] على لسان رسوله ، بين حكم الصلاة المؤقتة والصيام المؤقت في شهر رمضان ، بل كل واحد منهما يقضي بعد خروج وقته ، فنص على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا، ونص على المريض والمسافر في الصوم ، وأجمعت الأمة ونقلت الكافة فيمن لم يصم شهر رمضان عامدا وهو مؤمن بفرضه ، وإنما تركه أشرا وبطرا ، ثم تاب منه بعـد ذلك أن عليه قضاءه ،

(١) الصـلاة ص ٤٧ .

وكذلك من ترك الصلاة عامدا ، فالعامد والناسي في القضاء والصيام سواء وإن اختلفا في الإثم ، كالجاني على الأموال المتلف لها عامدا وناسيا سواء إلا في الإثم .

وكان الحكم في هذا النوع بخلاف رمي الجمار في الحج الذي لا يقضى في غير وقته لعامد ولا ناس ؛ لوجوب الدم فيما ينوب عنها . وبخلاف الضحايا أيضا ؛ لأن الضحايا ليست بواجبة فرضا ، والصلاة والصيام كلاهمـا فرض واجب ودين ثابت يؤدى أبدا وإن خرج الوقت المؤجل لهمـا ، قال رسـول ا صلى ا عليه وسلم : '' دين ا أحق أن يقضى ''[1] ، وإذا كان النائم والناسي للصلاة ـ وهما معذوران ـ يقضيانها بعد خروج وقتها ، كان المتعمد لتركهـا الآثم في فعله ذلك ـ وإن أبى ـ لا يسقط عنه فرض الصلاة ، وأن يحكم عليه بالإتيان بها؛ لأن التوبة من عصيانه في تعمد تركها هي أداؤها وإقامتها مع الندم على ما سلف من تركه لها في وقتها)[2] .

وقد تناول ابن القيم هـذا النص بالنقد جزئية جزئية ، ونورد فيمـا يلي كلامه في كل جزئية مع مناقشته[3]، يقول: قولكم وسوى ا سبحانه في حكمهما ـ أي حكم العامد والناسي ـ على لسـان رسوله ، بيـن حكم الصلاة المؤقتة والصيام المؤقت في شـهر رمضان ، بأن كل واحد منهمـا يقضي بعد خروج وقتـه ، فنص على النائم والساهي في الصلاة كما وصفنا، ونص على المريض والمسافر في الصوم ، واجتمعت الأمة ونقلت الكافة فيمن لم يصم شهر رمضان عامدا ، وهو مؤمن بفرضه ، وإنما تركه أشرا وبطرا ثم تاب منه ، أن عليه قضاءه .... إلى آخره . فجوابه من وجوه :

---

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الصوم ، باب من مات وعليه صوم .

مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميت .

(٢) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة .

(٣) باستثناء الاستدلال الأخير الذي أورده ابن عبد البر الخاص بقياس العامد على الناسي والنـائم ، فقد سبق عرض اعتراضات ابن القيم عليه والجواب عليها . راجع ص ٢١٠ : ٢١٧ .

أحدها قولكم إن الله سبحانه وتعـالى سوى بينهما ـ أي بين العـامد والناسي ـ فكلام باطـل على إطلاقه ، فما سوى الله سبحانه بيـن عامد وناس أصلا ، وكلامنا في هذا العامد العاصي الآثم المفرط غاية التفريط ، فأين سوى الله سبحانه بين حكمهما في صلاة أو صيام ؟![1] .

وما يلاحظ هنا هو أن ابن عبد البر لم يطلق التسوية بين العامد والناسي، وإنما سوى بينهما في المطالبة بالقضاء ، سواء في صلاة أو صوم ، ولم يسـو بينهما مطلقا في الإثم والتفريط ، فنقد ابن القيم في جهة مغايرة لما قاله ابن عبد البر . كما سيأتي أمره صلى الله عليه وسلم متعمد الفطر بالقضاء مع الكفارة ، أي تسويته العامد بالمعذور في طلب القضاء .

ثم يكمـل ابن القيم نقده بقوله : وقولكم '' فنص على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا '' قد تقدم أن النسيان المذكور في الصلاة لا يصح حمله على العمد بوجه ، وأن الذي نص عليه في الحديث هو نسيان السـهو الذي هو نظير النوم ، فلا تعرض فيه للعامد[2] .

ولكن قول ابن عبد البر ليس فيه أدنى إشارة للعامد حتى يعترض عليه بما سبق ، ونص كلامه هو '' كل واحد منهما[3] يقضي بعد خروج وقته، فنص على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا، ونص على المريض والمسافر في الصوم ، وأجمعت الأمة ونقلت الكافة فيمن لم يصم شهر رمضان عامدا وهـو مؤمن بفرضه ، وإنما تركه أشرا وبطرا ثم تاب منه بعد ذلك أن عليه قضاءه ، وكذلك من ترك الصلاة عامدا '' .

ففي هذا النص نراه يبين أن قضـاء المعذور في الصلاة والصيام مأخوذ من قول الشارع ، وقضاء العامد فيهما أيضا مأخوذ من الإجماع، فقوله '' فنص

---

(١) الصـلاة ص ٤٨ .

(٢) السـابق : الموضع نفسه .

(٣) العامد والمعذور .

على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا '' يريد به ما قدمنا من أحاديث مثل حديث (من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها) . فابن عبد البر لم يذكر هنـا أن قضاء العامد مأخوذ من النص حتى يعترض عليه بما سبق ذكره[1] .

ويتابع ابن القيم نقـده فيقول : وأما نصه على المريض والمسـافر في الصوم ، فهما وإن أفطرا عامدين فلا يمكن أخـذ حكم تارك الصلاة عمـدا من حكمهما ، وما سوى ا ولا رسوله بين تارك الصلاة عمدا وأشرا حتى يخرج وقتها وبيـن تارك الصلاة لمرض أو سفر حتى يؤخذ حكم أحدهما من الآخر ، فمؤخر الصوم في المرض والسفر كمؤخر الصلاة لنوم أو نسيان ، وهذان هما اللذان سوى ا ورسوله بين حكمهما ، فنص ا على حكم المريض والمسـافر في الصوم المعذورين ، ونص رسول ا صلى ا عليه وسلم على حكـم النائم والناسي في الصلاة المعذورين ، فقد استوى حكمهما في الصـوم والصلاة ، ولكـن أين استوى حكم العامد المفرط الآثم والمريض والمسافر والنائم والناسي المعذورين ؟. يوضحه أن الفطر بالمرض قد يكون واجبـا بحيث يحرم عليـه الصوم ، والفطر في السـفر إما واجب عند طائفة من السلف والخلف ، أو أنه أفضل من الصوم عند غيرهم ، أو هما سواء، أو الصوم أفضل منه لمن لا يشق عليه عند آخرين. وعلى كل تقدير فإلحاق تارك الصلاة والصوم عمدا وعدوانا به من أفسد الإلحاق وأبطل القياس ، وهذا مما لا خفاء به عند كل عالم[2].

نرى في هـذا النص أن ابن القيم يعيب على ابن عبد البر تعميم قياس العامد على المعذور ، من حيث عدم المؤاخذة والقضاء ، وابن عبد البر لم يقل هـذا ، وإنما خص كلامه بالقضـاء فحسب ، فقد ورد النص في وجوب قضاء الصلاة والصوم على المعذور ، وكذا وجوب قضاء الصوم على العامد[3] ، فلم

---

(١) ولا ينفي هذا أن ابن عبد البر قد ذكر قبل هذا الموضع أن النسيان قد يكون لترك العمد أو ضد الذكر ، وقد كان ابن القيم محقا في الرد عليه . راجع ص ٢١٨ ، ٢١٩ السابقتين .

(٢) الصـلاة ٤٨ ، ٤٩ .

(٣) وهو ما سيأتي بعد قليل .

يبق إلا قياس قضـاء تارك الصلاة عمدا على ذلك ؛ إذ استوى العامد والمعذور في وجوب قضاء الصوم عليهما ، فما يمنع قياس قضاء العامد في الصلاة على المعذور ؟.

ثم نقـد ابن القيم دعوى ابن عبد البر انعقاد إجماع الأمة على أن من لم يصم شهر رمضان عامدا أشرا وبطرا ثم تاب منه فعليه قضاؤه ، ذاكرا بعض كلام الأئمة في إنكار دعوى هذه الإجماعات ، التي حاصلها عدم العلم بالخلاف لا العلم بعدم الخلاف[1] ، ثم قال معقبا : أين النقـل بذلك إذا جاء عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟. وقد روى عنه أهل السنن والإمام أحمد في مسنده من حديث أبي هريرة '' من أفطـر يوما من رمضان من غير عذر ، لم يقضه عنه صيام الدهر وإن صامه ''[2] . فهذه الرواية المعروفة ، فأين الرواية عنـه أو عن أصحابه : من أفطر رمضـان أو بعضه أجزأ عنـه أن يصـوم مثله ؟![3] .

وابن القيم على صواب فيما ذكره من أن الإجماع لم ينعقد في مسـألة قضاء الصلاة وكذا الصيام، ولكن الكثرة الكاثرة من الفقهاءعلى وجوب القضاء، حتى إن ابن رشد الحفيد وصف الخلاف في هذه المسألة بفرعيها بالشذوذ[4] ، بل إن ابن قدامة ذكر أنه لا يعلم خلافا في وجوب القضـاء على من أفطر عمدا بشيء غير الجماع[5] .

---

(١) الصـلاة ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) راجع تخريجه ص ٢١٦ هامش ١ .

(٣) الصـلاة ٥٠ ، ٥١ .

(٤) بداية المجتهد ٢٢١/٢ كما أن ابن القيم نفسه نقل عن محمد بن نصر المروزي الإجماع على وجوب قضاء الصلاة على من تعمد تركها ، مستدركا بهذا الإجماع على الحـسن الـذي لا يـرى القضاء . الصـلاة ص ٥٠ .

(٥) المغني ٣ / ٢٢ .

والقول بالقضاء هو قول جملة السلف كسعيد بن المسيب والشعبي وابن جبير وإبراهيم وقتادة وحماد[1] ، وجابر بن زيد[2] وابن سيرين[3] وربيعـة[4] وغيرهم ، وقد تعددت أقوالهم في تحديد مدة القضاء من يوم أو أكثر عن اليوم الواحد[5] .

وحديث أبي هريرة رضي ا عنه الذي استدل به ابن القيـم على عدم القضاء يقول فيه ابن حجر : '' وصله[6] أصحاب السنن الأربعة وصححه ابن خزيمة ، من طريق سفيان الثوري وشعبة ، كلاهمـا عن حبيب بن أبي ثابت ، عن عمارة بن عمير، عن أبي المطَوس ، عن أبيه ، عن أبي هريرة نحوه ، وفي رواية شـعبة (من غير رخصة رخصها ا تعالى له ، لم يقض عنه وإن صام الدهـر كله) . قال الترمذي : سألت محمدا ـ يعني البخاري ـ عن هذا الحديث ؟. فقال : أبو المطوس اسمه يزيد بن المطوس ، لا أعرف له غير هذا الحديث . وقال البخاري في التاريخ أيضـا : تفرد أبو المطوس بهذا الحديث ، ولا أدري سمع أبوه من أبي هريرة أم لا ؟. قلت : واختلف فيـه على حبيب بن أبي ثابت اختلافا كثيرا . فحصلت فيه ثلاث علل : الاضطراب والجهـل بحال أبي المطوس والشك في سماع أبيه من أبي هريرة . وهذه الثالثة تختص بطريقة

---

(١) أورد البخاري قولهم معلقا بصيغة الجزم : كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان . وانظـر المصنفين بالموضعين الآتيين .

(٢) ابن أبي شيبة ٣٤٧/٢ .

(٣) عبد الرزاق ١٩٧/٤ .

(٤) المجموع ٢٤٠/٦ .

(٥) راجع المصادر السابقة ، وأيضا فتح الباري ١٦٢/٤ ومن عجيب ما يروى في ذلك ما يذكره النووي نقلا عن ابن المنذر وبعض الشافعية من قول إبراهيم النخعي (يلزمه صوم ثلاثة آلاف يوم) ـ المجموع ٣٤٠/٦ ـ وقد روى ذلك عنه أيضـا ابن أبي شيبة ـ ٣٤٧/٢ ـ ولكن ربما يكـون الصواب هو أن إبراهيم لا يقول بهذا ، وإنما فقط يحكيه ويخبر به من أنه فعل أحد النـاس ؛ ففـي مصنف عبد الرزاق عن الثوري عن حماد عن إبراهيم أن رجلا أفطر يوما من رمضان فصام ثلاثة آلاف يوم . المصنف ١٩٨/٤ .

(٦) حيث أورده البخاري معلقا بصيغة التضعيف .

البخاري في اشتراط اللقـاء ، وذكر ابن حزم من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة مثله موقوفا ''[1] .

ثم على فرض صحة الحديث فإنه يجب حمله على غير فهم ابن القيم له؛ إذ لو حملناه على هـذا المعنى لصـار معارضا لحديث المحترق الثابت في الصحيحين ، حيث لم يجب النبي صلى ا عليه وسلم المحترق المفطر عمدا في رمضان بوقاع امرأته ، لم يجبه بأنه لا سبيل لاستدراك هذا الأمر ، وأن العبادة المؤقتة محدودة الطرفين لا يكفر عنها إذا بطلت عمدا وأن الإثم لازمه ، وإنمـا أجابه صلى ا عليه وسلم بما يرفع الحرج عنه ، لـذا يمكن حمل معنى حديث أبي المطوس على أنه لا يمكن استدراك ما فات لمضي وقته وليس في استدراك حكمه ، أو حمله على بيان غلظ معصيته ، وهـذا ما ذكره الشوكاني برغم ميله لرأي ابن القيـم في عدم قضـاء الصلاة من العامد ، يقـول : لا ينافي وجوب القضاء على العامد ما أخرجه أهـل السنن وغيرهم عن أبي هريرة قال : قال رسـول ا صلى ا عليه وآله وسلم : '' من أفطر يوما من رمضان من غير رخصة لم يجزه صيام الدهر '' . فإن هـذا إنما هو بيـان لعظم جرمه وغلظ معصيته ، وأنه قد فعل ما لا يمكن تلافيه[2] .

نخلص من هـذا إلى أن العبادة المؤقتـة إذا بطلت عمـدا فإنه يمكـن تعويضها ، والنص الوارد في هـذا وإن ورد في صوم رمضان ، فليس ما يمنع من أن تقاس الصلاة عليه بجامع التأقيت والعمد ، فلزم انتقال مبدأ التعويض أو التكفير من الصوم إليها ، ولكن لا يلزم من هذا انتقال نوع الكفارة ـ من العتق ثم الإطعام ثم الصيام ـ إليها أيضا ؛ إذ قد تجانس هذه الكفارة نوع العبادة دون غيرها[3] . بيد أنه مع هذا لابد من قضاء العبادة نفسها ، وهو ما ورد به النص

---

(1) فتح الباري ١٦١/٤ وانظر رواية ابن حزم : المحلى ٢٧٠/٦ وقد قال الإمام أحمد عنه : ليس يصح هذا الحديث . المغني ٣ / ٢٣ .

(2) السيل الجرار ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

(3) بل قد تجانس نوع العمد في العبادة نفسها دون غيره ، من ذلك مثلا اختلاف الفقهاء في إيجاب الكفارة على عامد الفطر بغير الجماع . راجع المغني ٣ / ٢٢ .

صريحا في الصوم ، فقـد أمر النبي صلى ا عليـه وسلم المحترق ـ بجانب الكفارة ـ أن يصوم يوما مكانه ، وقـد حاول ابن حزم[١] وابن القيم[٢] تضعيف هذه الزيادة[٣] بيد أنها صالحة للاحتجاج بمجموع طرقها ، فبعد أن أورد ابن حجر هذه الطرق قال : وبمجموع هذه الطرق تعرف أن لهذه الزيادة أصلا[٤] . ويقول الشوكاني : هـذه الزيادة مروية عن أربع طرق يقوي بعضها بعضا[٥] . وقد انتهى الألباني إلى تصحيح هذه الزيادة أيضا[٦] .

معنى هـذا أن القضاء يقابل فطر اليوم ، والكفارة تقابل الإثم ، والصلاة كالصوم في التأقيت والعمد ، فلابد فيها من قضاء ما فات ، وملاحقة ذلك بتوبة يرجو بها تكفير ذنبه .

نعود لابن القيم وانتقاداته لأدلة ابن عبد البـر ، يقول : وأما قولكم إن الصلاة والصيام دين ثابت يؤدى أبدا وإن خرج الوقت المؤجل لهما ؛ لقـول رسول ا صلى ا عليه وسلم '' دين ا أحق أن يقضى ''[٧] . فنقول : هذا

---

(١) المحلى ٢٦٥/٦ : ٢٧١ .

(٢) الصلاة وحكم تاركها ٥٨ ، ٥٩ وقد سبقه ابن تيمية بهذا أيضا .

(٣) وهي أمره صلى ا عليه وسلم بقضاء اليوم . وانظر هذه الزيادة :

ـ الموطأ ، كتاب الصيام، باب كفارة من أفطرفي رمضان. وهي هنا مرسلة عن سعيد بن المسيب.

ـ أبو داود ، كتاب الصوم ، باب كفارة من أتى أهله في رمضان .

ـ أحمد ، مسند المكثرين من الصحابة ، حديث رقم ٦٩٠٥ .

(٤) فتح الباري ١٧٢/٤ .

(٥) السيل الجرار ١٢١/٢ وانظر مجموع النووي ٧٧/٢ .

(٦) إرواء الغليـل للألباني ٩٠/٤ : ٩٣ ـ المكتب الإسـلامي بيروت ، دمشق ، الطبعة الثانيـة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م ـ يقول : من المستبعد جدا أن تكون باطلة ، وقد جاءت بهذه الطرق الكثيرة ، لا سيما وفيها طريق سعيد المرسلة ، وهي وحدها جيدة . الإرواء ٩٣/٤ وكمـا هـو معلـوم أن مراسيل الموطأ وبلاغاته القول الصائب فيها هو صحتها ، خاصة إذا كان الحديث مرسلا من قبـل سيد التابعين سعيد بن المسيب ، حتى إن ابن القيم نرى عبارته لا تحمل جزما بـضعف الحـديث ، يقول : '' وهذا مرسل ، ولكنه من مراسيل ابن المسيب '' . الصلاة ص ٥٩ .

(٧) راجع تخريجه ص ٢٢١ هامش ١ .

الدليـل مبني عل مقدمتين : إحداهما أن الصلاة والصيام دين ثابت في ذمة من تركهما عمدا . والمقدمة الثانية أن هذا الدين قابل للأداء فيجب أداؤه .

فأما المقدمة الأولى فلا نزاع فيهـا ولا نعـلم أن أحـدا من أهـل العلم قال بسقوطها من ذمته بالتأخير ، ولعلكم توهمتم علينا أنا نقول بذلك وأخذتم في الشناعة علينا وفي التشغيب ، ونحن لم نقل ذلك ولا أحد من أهل الإسلام .

وأما المقدمة الثانيـة ففيها وقـع النزاع ، وأنتم لم تقيموا عليهـا دليلا ، فادعاؤكم لها هـو محل النزاع بعينه ، جعلتموه مقدمة من مقدمات الدليل وأثبتم الحكم بنفسه . فمنازعوكم يقولون : لم يبق للمكلف طريق إلى استدراك هـذا الفائت ، وإن ا تعالى لا يقبل أداء هذا الحق إلا في وقته وعلى صفته التي شرعه عليها ، وقد أقاموا على ذلك من الأدلة ما قد سمعتم[1] ، فما الدليل على أن هذا الحق قابل للأداء في غير وقته المحدود له شرعا ، وأنه يكون عبادة بعد خروج وقته ؟ .

وأما قوله صلى ا عليه وسلم '' اقضوا ا ، فا أحق بالقضاء ''[2] ، وقوله '' دين ا أحق أن يقضى '' فهذا إنما قاله في حق المعذور لا المفرط ، ونحن نقول إن مثل هذا الدين يقبل القضاء ، وأيضا فهذا إنمـا قاله رسول ا صلى ا عليه وسلم في النذر المطلق الذي ليس له وقت محدود الطرفين .

ففي الصحيحين من حديث ابن عباس أن امرأة قالت : يا رسـول ا إن أمي ماتت وعليهـا صوم نذر ، أفأصوم عنها ؟. قال : أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدي ذلك عنهـا ؟. قالت نعم . قال : فصومي عن أمك[3]. وفي رواية أن امرأة ركبت البحر فنذرت إن نجاها ا أن تصوم شهرا ، فأنجاها

---

(١) سيأتي عرض هذه الأدلة بعد .

(٢) البخاري ، كتاب الحج ، باب الحج والنذور عن الميت والرجل يحج عن المرأة .

(٣) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الصوم ، باب من مات وعليه صوم .

مسلم ـ واللفظ له ـ ، كتاب الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميت .

ا سبحانه وتعـالى ، فلم تصم حتى ماتت ، فجاءت قرابة لها إلى رسـول ا صلى ا عليـه وسلم فذكرت ذلك . فقـال : صومي عنهـا . رواه أهـل السنن[1] .

وكذلك جاء منه الأمر بقضاء هذا الدين في الحج الذي لا يفوت وقته إلا بنفاد العمر ، ففي المسند والسنن من حديث عبد ا بن الزبير قال : جاء رجل من خثعم إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم فقال : إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ لا يستطيع ركوب رحل ، والحج مكتوب عليه ، أفأحج عنه ؟. قال : أنت أكبر ولده ؟. قال نعم . قال : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان ذلك يجزئ عنه ؟. قال نعم . قال : فحج عنه[2] .

وعن ابن عبـاس أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي صلى ا عليـه وسلم فقالت : '' إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت ، أفحج عنهـا ؟ . قال : نعم ، حجي عنها . أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟. اقضوا ا ، فا أحق بالوفاء '' . متفق على صحته[3] .

وعن ابن عباس أيضا قال : أتى النبي صلى ا عليه وسلم رجل فقال : إن أبي مات وعليه حجة الإسـلام ، أفحج عنه ؟. قال : أرأيت لو أن أباك ترك دينـا عليه فقضيته أكان يجزي عنه ؟. قال نعـم . قال : فحج عن أبيك . رواه الدارقطني[4] .

---

(١) أبو داود ، كتاب الأيمان والنذور ، باب في قضاء النذر عن الميت .
أحمد ـ واللفظ له ـ ، مسند بني هاشم ، رقم ١٨٦٤ .

(٢) أحمد ـ واللفظ له ـ ، أول مسند المدنيين ، رقم ١٥٥٤٠ .
النسائي ، كتاب مناسك الحج ، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين .

(٣) البخاري ، كتاب الحج ، باب الحج والنذور عن الميت ..... .

(٤) سنن الدارقطني ٢/٢٦٠ ونحوه عند النسائي ولفظه : عن ابن عباس قال : قال رجل : يا رسول ا ، إن أبي مات ولم يحج أفحج عنه ؟ قال : أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه ؟ قال نعم. قال : فدين ا أحق . النسائي ، كتاب مناسك الحج ، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين .

ونحن نقول في مثل هـذا الدين القابل للأداء : دين ا أحق أن يقضى ، فالقضاء المذكور في هذه الأحاديث ليس بقضاء عبادة مؤقتة محدودة الطرفين ، وقد جاهـر بمعصية ا سبحانه وتعـالى بتفويتها بطرا وعدوانا ، فهذا الديـن مستحقه لا يعتد به ولا يقبله إلا على صفته التي شرعه عليها ، ولهذا لو قضاه على غير تلك الصفة لم تنفعه[1] .

في هـذا النص نرى ابن القيم قد ذكر فيه مقدمتين ثم قيدا في قضاء دين المولى سبحانه ، أما القيد الذي قيد به النصوص الواردة في قضاء دين ا عز وجل ، فهو أنهـا وردت في حق المعذور لا المفرط ، وكذلك جاءت في النذر المطلق الذي ليس له وقت محدود الطرفين ، وأيضـا وردت في الحج الذي لا يفوت وقته إلا بنفاد العمر .

أما كون قضـاء دين المولى سبحانه ورد في حق المعذور لا المفرط ، فبعض هذه النصوص يشهد لذلك وبقيتها لا تشهد له ، فحج الابن عن أبيه الذي لا يستطيعه لكبر سنه يعد شاهدا على العذر . أما بقية هـذه النصوص فلا تشهد بذلك ، سواء في نذر الصوم أو نذر الحج أو حج الفريضة ؛ إذ لم يستفسر النبي صلى ا عليه وسلم سائله عن استطاعة من يقضي عنه هل كان معذورا أم لا؟. بل ربما يؤخذ من هذه النصوص عدم العذر ؛ إذ إن من لم يستطع أداء ما وجب عليه لموته يكون له ثواب نيته ولا يؤاخذ على تركه ما دام قد نواه ، كمن يموت دون أن يحج لعدم استطاعته .

وأما كون قضاء دين ا عز وجل إنما ورد في النذر المطلق الذي ليس له وقت محدود الطرفين ، فلا يتناول قضـاء الصلاة ممن تعمـد تركها : فلا

---

(١) الصلاة وحكم تاركها ٥١ ، ٥٢ وقد اقتصر ابن القيم في النصوص الـسابقة علـى قـضاء الصوم والحج دون الصلاة ، وقد ورد قضاء النذر بها عن ابن عمر وابن عباس رضي ا عـنهم ، فقد أخرج البخاري تعليقا بصيغة الجزم ما نصه : '' وأمر ابن عمر امرأة جعلت أمها على نفـسها صلاة بقباء ، فقال : صلي عنها . وقال ابن عباس نحوه '' . البخاري ، كتاب الأيمان والنـذور ، باب من مات وعليه نذر .

يسلم بهذا ؛ إذ إن النذر أيضـا محدود الطرفين ، يبدأ من وقت إنشـائه وينتهي بوفاة صاحبه ، بحيث يصير الناذر مفرطا إذا لم يوف بنذره حتى موته وكـان بإمكانه الوفـاء به . ولا يبعـد قضاء فرض الحج عن قضاء النذر المطلق في تأقيتـه وتفريط صاحبه ، حيث يبدأ من استطاعته التي تستمر بصاحبهـا حتى وفاته .

والأهم من هـذا ، هو أن النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن أجاب سائله بالقضاء عمن أراد القضاء عنه ، استأنف حكما مستقلا ، وهو أنه يجب علينـا قضاء حقوقه سبحانه ، وأنهـا أحق بالقضاء والوفاء من غيرها ، مشبها إياها بديون الناس فيما بينهم في عدم براءة ذمة المدين منها . هذا هو المعنى المتبادر من الروايات التي ذكرها ابن القيم ومن غيرها أيضا، حتى إن الشوكاني ـ وهو كما سبق يميل لرأي ابن القيم ـ لم يجزم بصحة رأي ابن القيم ومن سبقوه بهذا الرأي ؛ وذلك لاستدلال الجمهور بهـذا الدليل .

يقول الشوكاني : إن قلت قد زعم قوم كداود الظاهري وابن حزم وابن تيمية ومن تابعهم[1] أنه لا قضاء في العمد ، وأنه لم يرد بذلك دليل ، فهل هذا صحيح ؟. قلت : نعم لم يرد في قضاء الصلاة المتروكة عمدا دليـل يدل على وجوب القضاء على الخصوص ، ولكنـه وقع في حديث الخثعمية الثابت في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لها : (دين الله أحق أن يقضى)، والتارك للصلاة عمدا قد تعلق به بسبب هـذا الترك دين الله ، وهـو أحق بأن يقضيه هذا التارك[2] .

هـذا عن القيد الذي ذكره ابن القيم على ما ورد في الحديث من أن دين المولى سبحانه أحق بالقضاء وجوابه ، وقد ذكر قبل هـذا القيد مقدمتين ، انتهى في ثانيتهما إلى أن الجمهور لم يقم على دعواه بوجوب القضاء دليلا . ولكن من

---

(١) راجع ص ٢٠٧ .

(٢) السيل الجرار ٢٩٠/١ وانظر ما قاله أيضا في كتابيه : نيل الأوطـار ٢٥/٢ ، ٢٦ ـ الأدلـة الرضية لمتن الدرر البهية ص ٨٠ ، دار الندى ـ بيروت ، طبعة أولى ١٤٣١هـ .

خلال ما سبق عرضه تبين أن للجمهور دليله على دعواه ، من قياس الأولى على قضاء الناسي والنائم ، والقياس كذلك على قضاء عامد الفطر في رمضان، ثم الاستدلال بعموم حكمـه صلى ا عليه وسلم بأن دين ا أحق بالقضـاء ، وسيأتي بعد عرض بقية أدلة الجمهور .

وأما المقدمة الأولى فقد خاطب فيها ابن القيم الجمهور بأنه لعله توهم بأن مخالفيه يقولون بأن الصلاة تسقط من الذمة بتأخيرها عمدا . والجمهور لم يلحق هذا بمخالفيه الذين يرون أن الذمة تظل مشغولة بالصلاة من عامد تركها ، وأنه يجب عليه الإكثار من التطوع وفعل الخيرات دون قضاء ما فاته من صلوات . وكأن المخالفين بهذا يقرون بأنه لا توبة لمن هـذا حاله ؛ إذ لا تبرأ ذمته مهما كفر عن ذنبه، وكفى بهذا مخالفة لصريح قوله تعالى ﴿إِن الله لاَ يغْفِر أَن يشْرك بِهِ ويغْفِر ما دون ذَلِك لِمن يشَاء﴾[1] . أما الجمهور فقد أوجب قضـاء الصلاة رجاء تبرئة الذمة ، ثم لم يجد نصـا في تعيين نوع كفارة إثم العمد كالصوم ، حيث لم ينقـل وقوع ذلك في عهد النبوة فقال ـ بجانب القضاء ـ بلزوم التوبة اعتقادا وقولا وعملا عسى أن يغفر ذنبه .

الدليل الرابع

وبجانب الأدلة السابقة ـ قياس الأولى على النائم والناسي ، القياس على المفطر بالجماع عمدا في رمضان ، ديون المولى سبحانه أحق بالقضاء ـ يذكر الجمهور أن النبي صلى ا عليه وسلم قد سمى من ترك الصلاة عمدا مفرطا ، وبرغم هذا لم يمنعه من قضائها ، وهذا ما يفهم من حديث أبي قتادة رضي ا عنه ، يقول ابن عبد البر : '' عن أبي قتادة أن رسول ا صلى ا عليه وسلم قال : (ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يدخل وقت الأخرى)[2] فقد سمى رسول ا عليه وسلم من فعل هذا مفرطا ، والمفرط

---

(١) النساء : ٤٨ ، ١١٦ .

(٢) حديث أبي قتـادة في الصحيحين وغيرهمـا بأكثر من رواية . واللفظ لمسلم ، كتاب المـساجد ومواضع الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها .

ليس بمعذور ، وليس كالنائم والناسي عند الجميع من جهـة العذر ، وقد أجـاز رسول ا صلى ا عليه وسلم صلاته على ما كان من تفريطه ''[1] . ولعل الأوضح من هـذه الرواية رواية أبي داود عن أبي قتـادة رضي ا عنه قال : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم : '' ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط في اليقظة ، أن تؤخر صلاة حتى يدخل وقت أخرى ''[2] .

وقد حاول ابن القيم رد هذا الاستدلال بقوله : وأما قولكم قد أجاز رسول ا صلى ا عليه وسلم صلاة من أخر الظهر إلى وقت العصر مع تفريطه في خروج وقت الظهر فجوابه أن الوقت مشترك بيـن الصلاتين في الجملة ، وقد جمع رسول ا صلى ا عليه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا مرض ، وهذا لا ينازع فيه ، ولكن هل أجاز رسول ا صلى ا عليه وسلم صلاة الصبح في وقت الضحى من غير نوم ولا نيسان ؟[3] .

ومن البين أن روايات حديث أبي قتادة وغيره إنما كانت في صلاة الصبح، فقد غلبهم النوم ولم يستيقظوا إلا والشمس قد أشرقت ، وقد أخبر النبي صلى ا عليه وسلم أن هذا ليس تفريطا ، وإنما التفريط في تأخير الصلاة لوقت الأخرى دون عذر ، وهذا يشمل أية صلاة ـ وهو ما ذكره ابن عبد البر ـ ولا يختص بتأخير الظهر إلى العصر كما ذكر ابن القيم .

الدليل الخامس

ويضيف بعض الجمهور دليلا آخـر ، وهو أن قضاء العبادة المؤقتة لا يحتاج لأمر جديد، وإنما يكتفى في أدائه بالأمرالأول لهذه العبادة ، أما المخالفون فيرون أن القضـاء يحتاج لأمر جديد ولا يكتفى فيه بالأمر الأول ، وقد ذكـر الشوكاني أربعة أدلة لهذا الفريق الأخير ، يقول : إذا قال افعل في هذا الوقت ،

---

(١) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة .

(٢) أبو داود بسند ثابت ، كتاب الصلاة ، باب فيمن نام عن الصلاة أو نسيها .

(٣) الصلاة وحكم تاركها ص ٥٥ .

فلم يفعل حتى مضى ، فالأمر الأول هل يقتضي إيقاع ذلك الفعل فيما بعـد ذلك الوقت ؟. فقيل لا يقتضي لوجهين :

الأول : إن قول القائل لغيره افعل هذا الفعل يوم الجمعة لا يتناول الأمر في غيره ، وإذا لم يتناوله لم يدل عليه بنفي ولا إثبات .

الثاني : إن أوامرالشرع تارة لا تستلزم وجوب القضـاء كما في صلاة الجمعة وتارة تستلزمه ، ومع الاحتمال لا يتم الاستدلال ، فلا يلزم القضـاء إلا بأمر جديد ، وهو الحق وإليه ذهب الجمهور[1] .

ثم أضاف الشوكاني بعد ذلك دليلين آخرين ، يقول :

وقد استدل للقائلين بأن الأمرالمقيد بوقت معين لا يقتضي إيقاع ذلك الفعل في وقت آخر بأنه لو وجب القضاء بالأمر الأول لكان للقضاء ، واللازم باطـل فالملزوم مثله ، أما الملازمة فبينة ؛ إذ الوجوب أخص من الاقتضاء ، وثبوت الأخص يستلزم ثبوت الأعم. وأما انتفاءاللازم فلأنا قاطعون بأن قول القائل صم يوم الخميس لا يقتضي يوم الجمعة بوجه من وجوه الاقتضاء ولا يتناوله أصلا .

واستدل لهم أيضا بأنه لو وجب القضـاء بالأمر الأول لاقتضاه ، ولـو اقتضاه لكان أداء ، فيكونان سواء فلا يأثم بالتأخير[2] .

ويمكن الجواب على الدليل الأول بأن الفعل في الزمن الذي يلي الأجـل المحدد يعد مسكوتا عنه ؛ إذ هـو غير مذكور بنفي ولا إثبات حسب ما ذكر ، والمسكوت عنه كي نعرف حكمـه نستصحب أصله ، والأصل هنـا هو الأمر بالفعل ـ وإن كان مؤقتا ـ وليس نفيه .

أما الدليل الثاني فمعارض للدليل الأول ؛ إذ إنه يذكر في هـذا الدليل أن أوامر الشـرع[3] تارة لا تستلزم القضاء وتارة تستلزمه ، أي أن القضاء معلوم

---

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٦ ، ١٨٧ ، دار الفكر ـ بيروت ، طبعة أولى ١٤١٢هـ / ١٩٩٢

(٢) السـابق ص ١٨٧ .

(٣) المؤقتة ؛ إذ إن تأقيت الأمر هو الموضوع الذي نحن بصدد دراسته ، فالشوكاني بعد أن عرض البحث في هذا الأمر المؤقت عرض بعده الأمر المطلق ، ثم عاد بعد ذلك للأمر المؤقت .

حكمه ، نفيا كان أو إثباتا ، وفي الدليل الأول ذكر أن القضاء مسكوت عنه . كما أن عدم قضاء صلاة الجمعة لا يرجع إلى تأقيت الأمر بهـا ، وإنما للهيئة التي تؤدى بها، من الاجتماع لها والخطبتين، ولذا فإن من فاتته الجمعة فإنه **(يقضيها)** ظهرا أربعا . ثم أين الدليل على أنها لا تقضى بهيئتها إذا كان من فاتتهم جماعة يصلح أن تنعقد بهم طالما لم تحدث أية فتنة بهذا القضاء ؟.

وقد نقـل الشوكاني جواب المخالفين على الدليلين الأخيرين ، يقـول : وأجيب عن هذين الدليلين بأن الأمر المقيد بوقت أمر بإيقاع الفعل في ذلك الوقت المعين ، فإذا فات قبل إيقاع الفعل فيه بقي الوجوب مع نقص فيه ، فكان إيقاعه فيما بعده قضاء[1] . وقد عقب الشوكاني على هـذا الجواب بقوله : ويرد هـذا بمنع بقاء الوجوب بعد انقضاء الوقت المعين[2] .

فالدليل الثالث يرى من يستدل به أن الملزوم ـ وجوب القضاء ـ لايتحقق باللازم ـ الأمر الأول المؤقت ـ ، فقول القائل صم يوم الخميس ، لا يقتضي يوم الجمعة بوجه من وجوه الاقتضاء ولا يتناوله أصلا . فالملزوم باطل لبطلان اللازم في دلالته على القضاء ، وهذا ما أكده الشوكاني في تعقيبه السابق .

معنى هذا أن اللازم إذا لم يصر باطلا لصار الملزوم صحيحا أيضـا ، وقول القائل صم يوم الخميس لا يتناول الجمعة ولا غيره ، أي أن الجمعة وما بعده يكون مسكوتا عنه ، وهـذا لا يختلف كثيرا عما ذكره في الدليـل الأول ، وقد سبق القول في الجواب عليه بأن المسكوت عنه يلحق بأصله لمعرفة حكمه ، والأصل الأمر بالفعل وليس نفيه .

ثم لو سلمنا أن الأمر المؤقت لا يلزم عنه القضاء ، فهذا محله فيمـا لا تنشغل به الذمة ، بحيث يرفع الأمر بالكلية بانقضاء أجله ، كقول من بيده الأمر للشفيع مثلا : اعترض على شريكك من الآن حتى سـنة . فهنا يصح قـول

---

(١) إرشـاد الفحول ص ١٨٧ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

الشوكاني ومن تبعهم في عدم القضاء ـ الاعتراض على الشريك ـ بعد الأجل؛ إذ إن الذمة لا تكون مشغولة بهذا الأمر المؤقت حتى قبل انقضاء أجله ، ومن ثم لا تنشغل بقضائه بعـد الأجل ، فالمأمور هنا له أداء الأمر المؤقت قبل انقضاء أجله ليس بعده . ومثل هذا يقال في مثال الصوم الذي ضربه الشوكاني ، ما دام الأمر فيه ليس للوجوب ، كأن يكـون للإباحة أو الإرشاد ، مما لا تنشغل به الذمة .

أما الدليل الأخير الذي أورده الشوكاني، وهو أنه لو وجب القضاء بالأمر الأول لاقتضاه، ولو اقتضاه لكان أداء ، فيكونان سواء ، فلا يأثم بالتأخير. فيمكن تكملة هـذا الدليل بأنه مادام غير آثم بالتأخير ، فلا فائدة من قيد تأقيت الأمر ، فهو والأمر المطلق سـواء !! وكفى بهذا صداما لواقع الحـال . على أنه سبق تفصيل القـول ، بأنه حتى النائم والناسي الوارد فيهما نص باستدراك ما فاتهما من صلاة ، بأن صلاتهما تعد قضاء وليس أداء ، يستويان ـ النائم والناسي ـ في ذلك مع من فاتته عمدا ، ويختلفان عنه في رفع الإثم .

هذا عن الأدلة التي ذكرها الشوكاني لمن يرى أن القضاء لا يجب بالأمر الأول المؤقت ومناقشتها، أما أدلة من يرى أنه يجب به، فقد سبق عرض بعضها خلال المناقشة ، وقد أورد الشوكاني أيضا ثلاثة أدلة لهم . يقول : وذهب جماعة من الحنابلة[1] والحنفية[2] والمعتزلة[3] إلى أن وجوب القضاء يستلزمه الأمر

---

(١) روضة الناظر ١/ ٢٠٤ ، لأبي محمد عبد ا بن أحمد بن قدامة المقدسـي ، تحقيـق د. عبـد العزيز عبد الرحمن السعيد ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩هـ ، نشـر جامعة الإمام محمد بن سعود ـ الرياض .

(٢) أصول السرخسي ١/ ٤٥ ، لأبي بكر محمد بن أحمد بن السرخسي ، بدون تاريخ ولا طبعة .

(٣) وبعض الشافعية كابن حجر الذي يقول : وجوب القضاء على العامد بالخطاب الأول ؛ لأنه قـد خوطب بالصلاة وترتبت في ذمته فصارت دينا عليه ، والدين لا يسقط إلا بأدائه ، فيأثم بإخراجه لها عن الوقت المحدود لها ، ويسقط عنه الطلب بأدائها ، فمن أفطر في رمضان عامدا فإنه يجب عليـه أن يقضيه مع بقاء إثم الإفطار عليه . وا أعلم . فتح الباري ٧١/٢ ، ٧٢ . وقد خالف في ذلك أبو الحسين البصري المعتزلي . انظر المعتمد ١٣٤/١ ، لأبي الحسين محمد بن علي بـن الطيـب البصري المعتزلي ، تحقيق خليل الميس، طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

بالأداء في الزمان المعين ؛ لأن الزمان غير داخل في الأمر بالفعل . وقد أجاب الشوكاني على هذا الدليل بقوله : و رد بأنه داخل ؛ لكونه من ضروريات الفعل المعين وقته ، وإلا لزم أن يجوز التقديم على ذلك الوقت المعين ، واللازم باطل فالملزوم مثله[1] .

ولكن لم يرد أصحاب هذا الرأي أن الوقت غير داخل في الأمر بإطلاق، فالوقت مرتبط بالفعـل في زمنه المحدد فحسب ، ولا ينسحب الحكم بعدم فعـل الأمر قبـل بداية وقته إلى ما بعـد انتهاء أجله ، لأن المأمور قبـل بداية الأمر المؤقت يستطيع أن ينتظـر ويأتي بالأمر في وقتـه ، أي أنه يستطيع أن يأتي بالشيئين : الأمر ، وإيقاعه في وقته المحدد . فكيف يقاس هـذا على من فاته الأجل ، حيث لا يملك إلا إتيان الأمر وحده حتى لو كان عامدا آثما ؟.

أما الدليـل الثاني فيقول فيه الشوكاني : واستدل القائلون بأن القضـاء بالأمر الأول بقولهم : الوقت للمأمور به كالأجل للدين ، فكما أن الدين لا يسقط بترك تأديته في أجله المعين ، بل يجب القضاء فيما بعده ، فكذلك المأمور به إذا لم يفعل في وقته المعين[2] .

وقد أجاب الشوكاني أيضا عليه بقوله : ويجاب عن هـذا بالفرق بينهما بالإجماع على عدم سقوط الدين إذا انقضى أجله ولم يقضه من هو عليه ، وبأن الدين يجوز تقديمه على أجله المعين بالإجماع بخلاف محـل النزاع فإنه لا يجوز تقديمه عليه بالإجماع[3] .

والإجماع الذي يذكره الشوكاني في عدم سقوط الديـن حتى لو انقضى أجله ، يعتمـد على نهي المولى سبحانه عن أكـل أموال الناس بالباطل ، فذمة المدين تظل مشغولة بالدين قبل وبعد انقضاء أجله ، فيجب قضاؤه بعد أجله مع

---

(١) إرشاد الفحول ص ١٨٧ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) السابق ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

إثم المطل في سداده . فهنا لا نجد نصا جديدا يوجب القضاء بعـد الأجل حيث يشترط الشوكاني ومن تبعهم ، وإنما وجب القضاء لشغل الذمة فحسب ، وسواء سمينا هـذا إجماعا على القضاء أو أكلا لأموال الناس بالباطل أو ما شابه ذلك ، فإن كل هذا ينتهي إليه ، أي شغل الذمة ، وهو وحده موجب للقضاء دون حاجة لنص جديد، ولو أننا بحاجة إليـه فليكن نفيا للقضاء ، كنهي الحائض عن أن تقضي ، أي أن الأصل هو وجوب القضاء بالأمر الأول المؤقت ، ولا يؤدى هـذا القضاء إلا عند ورود نص جديد يرفع ما علق بالذمة .

أما ما ذكـره من أن الدين يجوز تقديمه على أجله المعين بالإجمـاع ، بخلاف محل النزاع فإنه لا يجـوز تقديمه عليه بالإجماع : فلا يسلم له ؛ إذ إن جواز سداد الدين قبل أجله إنما يرجع في حقيقته إلى إذن الدائن به ، بحيث لو كان الدائن مثلا جهة غيـر فردية واشترطت على مدينيهـا عدم سداد الدين قبل موعده ؛ ضمانا لاستمرار السيولة النقدية ، وقبل المدين هذا ، فما من شك من عدم جواز سداد الدين قبل موعده حينئذ . وإذا كان هـذا في حق ما يشترطه النـاس بعضهم على بعض فأوامر الشرع المؤقتة التي لا نملك فيهـا إذننا بتقديمها على آجالها أولى بذلك ، إلا ما استثنى كجمع تقديم بعض الصلوات .

يتبقى لنا الدليل الثالث لمن يرى أن الأمرالمؤقت يستلزم القضـاء ، وفيه يقول الشوكاني : واستدلوا أيضا بأنه لو وجب بأمر جديد لكان أداء ؛ لأنه أمر بفعله بعد ذلك الوقت المعين ، فكان كالأمر بفعله ابتداء . وقد أجاب عليه بقوله : ويجاب عنه بأنه لا بد في الأمر بالفعل بعـد انقضاء ذلك الوقت من قرينة تدل على أنه يفعـل استدراكا لما فات ، أما مع عدم القرينة الدالة على ذلك فما قالوه يلزم ولا يضرنا ولا ينفعهم[1] .

وربما كـان سبب الخلاف في هـذا الدليل هو أن الفعل المؤدى بالأمر الجديد يمكن وصفه بوصفين ، أحدهما أداء لهذا الأمر الجديد ، والآخر قضـاء

---

(١) السابق ص ١٨٨ .

للأمر الأول . ويجب قصر وصفه على كونه قضاء ؛ لأن أساس المسألة هـو إيجاب القضاء بالأمر الأول ، وسواء جاء القضاء به أو بالأمر الجديد فهو في حقيقتـه عوض عن الأمر الأول ، كأمر المريض والمسـافر بعدة من أيام أخر في الصيام .

ننتهي من هـذا كله إلى أن الأمر الشرعي المؤقت يوجب القضاء بنفسه دون حاجة لأمر جديد إذا كان مما تنشغل به الذمة، أما إذا كانت الذمة لا تنشغل به فإن القضاء حينئذ لا يجب إلا بأمر جديد .

كما أننا لو افترضنا أن القضاء يحتاج لأمر جديد فإننا نجد النص صريحا في أن ديون المولى سبحانه أولى بالقضـاء ، كما نجـد ما في معنى النص من القياس ، على ما سبق بيانه .

الدليل السادس

هذه هي أدلة الجمهور في وجوب القضـاء على العامد ـ وهي قياس الأولى على النائم والناسي ، والقياس على قضاء الصيام من عامد الفطر وهو عبادة واجبـة مؤقتة كالصلاة ، وديون المولى سبحانه أحق وأولى بالقضـاء ، وأن النبي صلى ا عليه وسلم قد سمى من ترك الصلاة عمدا مفرطا ، وبرغم هذا لم يمنعه من قضائها ، وهذا ما يفهم من حديث أبي قتادة رضي ا عنه ، وأخيرا هو أن وجوب القضاء إنما يكتفى فيه بالأمر الأول دون الحاجة إلى أمر جديد ـ ويمكن إضافة دليل آخر إلى هذه الأدلة ، وهو قياس الأولى على النذر المؤقت ، فمن نذرعلى نفسه فعل شيء في وقت محدد ، وكان النذر غير منهي عنه مستطاعا ، فلم يفعله عامدا ، فهل يسقط عنه أم يجب عليه قضاؤه ؟.

ويأتينا الجواب في الأحاديث السابق عرضها وغيرها من وجوب قضاء النذر المؤقت حتى لو انقضى أجله ، فإذا كان هـذا هو حال النذر المؤقت فإن الأوامر الشرعية المؤقتة تكـون أولى بالقضاء منه ؛ إذ هي في فرضيتها أبيـن وأوجب .

أدلة ابن حزم ومن تبعه

وبعد هـذا الاستعراض لأدلة الجمهور الذي يرى وجوب قضاء الصلاة على من تعمد تركهـا ، نستعرض أدلة من ـ ابن حزم وابن تيمية وابن القيم ومن تبعهم ـ يرى منع القضاء ، وأن هذا القضاء ليس من لوازم توبته ، وإنما عليه التوبة بالإكثار من التطوع والاستغفار وفعـل الخيرات فحسب ، ولا سبيل له إلى استدراك ما فاته أبدا .

(١) يقول ابن حزم : برهان صحة قولنا قول ا تعالى فَويلٌ للْمصلين الِذين هم عن صلاتِهم ساهون [١] ، وقوله تعـالى فَخَلَفَ مِن بعدِهِم خَلْفٌ أَضاعوا الصلاةَ واتبعوا الشهواتِ فَسوفَ يلْقَون غَيا [٢] ، فلو كان العامد لترك الصلاة مدركا لها بعـد خروج وقتها لما كان له الويل ، ولا لقي الغي ، كما لا ويل ولا غي لمن أخرها إلى آخر وقتها الذي يكون مدركا لها[٣] .

وما قاله ابن حزم إنما هو في حق من لم يتب أو من لم تقبل توبتهم ، إذ هو نفسـه يقول : أما قولنا أن يتوب من تعمد ترك الصلاة حتى خرج وقتها ، ويستغفر ا تعالى ويكثر من التطوع ، فلقول ا تعالى فَخَلَفَ مِن بعدِهِم خَلْفٌ أَضاعوا الصلاةَ واتبعوا الشهواتِ فَسوفَ يلْقَون غَيا إِلا من تَاب وءامن وعمِلَ صالِحا فَأُولَئِك يدخُلُون الجنة ...... إلى آخر ما ذكره من أثر التوبة والتطوع في رفع الإثم[٤] . كما أن اعتراضه على الجمهور إنما يصح لو كـان الجمهور يقول بأن القضـاء وحده دون التوبة يرفع إثم تعمد التأخير، وأنه وحده أيضا يستدرك به العامد ما فاته من صلوات. فهذا لم يقله الجمهور ، وإنما قال بأن صحة التوبة تستلزم قضاء ما فاته من صلوات ما دام يستطيعه، وتوبته لاتقتصر

---

(١) الماعون ٤ ، ٥ .

(٢) مريم ٥٩ .

(٣) المحلى ٣١٩/٢ وانظر هذا الدليل أيضا : مجموع الفتاوى ٣٩/٢٢ ، الصلاة وحكـم تاركهـا ٣٨ ، ٣٩ .

(٤) المحلى ٣٣١/٢ : ٣٣٤ .

على القضاء وحـده ، بل لابد من الندم والاستغفار وفعـل الخيرات من تطوع وغيره ، وتوبته لو قبلت لصار مستدركا ما فاته شرعا لا حسا ؛ إذ لا سبيل لإعادة الزمن ثانية .

(٢) ثم يتابع ابن حزم أدلته بقوله: وأيضا، فإن ا تعالى جعل لكل صلاة فرض وقتا محدود الطرفين ، يدخل في حين محدود ، ويبطل في وقت محدود ، فلا فرق بين من صلاها قبل وقتها وبين من صلاها بعد وقتها؛ لأن كليهما صلى في غير الوقت ، وليس هذا قياسا لأحدهما على الآخر ، بل هما سواء في تعدي حدود ا تعالى ، وقد قال ا تعالى ومن يتَعد حدود اللهِ فَقَد ظَلَمَ نَفْسه [1].

وقد زاد ابن حزم هذا الدليل إيضاحا بقوله: ''ونسألهم : لم أجزتم الصلاة بعد الوقت ولم تجيزوها قبل الوقت ؟. فإن ادعوا الإجماع كذبوا؛ لأن ابن عباس والحسن البصري يجيزان الصلاة قبل الوقت ، لا سيما والحنفيون والشافعيون والمالكيون يجيزون الزكاة قبل الوقت، ويدعون أن قتال أبي بكر لأهل الردة إنما كان قياسا للزكاة على الصلاة ، وأنه قال : لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكـاة حق المال. وهم قد فرقوا ههنا بين حكم الزكاة والصلاة . فليعجب المتعجبون !. وإن ادعوا فرقا من جهة نص أو نظر لم يجدوه .

فإن قالوا : فإنكم تجيزون الناسي والنائم والسكران على قضائها أبـدا ، وهذا خلاف قولكم بالوقت ؟. قلنا لا ، بل وقت الصلاة للناسي والنائم والسكران ممتد أبدا غير منقض . وبرهان ذلك أنهم ليسـوا عصاة في تأخيرها إلى وقت صلوها فيه ، وكل أمر ا عز وجل فإنه منقسم على ثلاثة أوجه لا رابع لها :

إما أمر غير معلق بوقت ، فهـذا يجزئ متى أدى ، كالجهـاد والعمرة وصدقة التطوع والدعاء وغير ذلك ، فهو يجزئ متى أدى ، والمسارعة إليـه أفضل ؛ لقول ا عز وجل وسارِعوا إِلَى مغْفِرةٍ من ربكُم ... [2] .

---

(١) المحلى ٣١٩/٢ ، ٣٢٠ ، وانظر هذا الدليل أيضا : الصلاة ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) آل عمران ١٣٣ .

وإما أمر معلق بوقت محدود الأول غير محدود الآخر كالزكاة ونحوها ، فهذا لا يجزئ قبـل وقته ، ولا يسقط بعـد وجوبه أبدا ؛ لأنه لا آخـر لوقته ، والمبادرة إليه أفضل لما ذكرنا .

وإما أمر معلق بوقت محدود أوله وآخره ، فهـذا لا يجزئ قبل وقته ولا بعد وقته ، ويجزئ في جميع وقته في أوله وآخره ووسطه ، كالصلاة والحج وصوم رمضان ونحو ذلك .

ونقول لمن خالفنا قد وافقتمونا على أن الحج لا يجزئ في غير وقته ، وأن الصوم لا يجزئ في غير النهار ، فمن أين أجزتم ذلك في الصلاة ؟. وكل ذلك ذو وقت محدود أوله وآخره ، وهذا ما لا انفكاك منه ''[1] .

وما ذكره ابن حـزم من أنه لا فرق بين عدم جواز الصلاة قبل الوقت وبعده لا يسلم له به ؛ لأنه إذا كانت الصلاة قبـل الوقت غير صحيحة ، فلأن التكليف وشغل الذمة بهـا لما يحن بعد ، والمكلف يجب عليـه أن ينتظر حلول الوقت لإيقاعها فيه ، فإن أداءها بعد وقتهـا ممن تعمد تركها يأتي بعـد تكليفه وشغل ذمته بهـا ، فلا تسقط عنه بذلك مع إثمه على هذا التفريط .

وقبل أن يستند الجمهور إلى الإجماع في عدم جواز الصلاة قبل وقتهـا ممن تعمـد ذلك ، فإن نصوص الكتاب ـ مثل قوله تعالى ﴿إِنَّ الصَّلاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [2] ـ والسنة القولية والفعلية تدل بوضوح عليه ، وماذكره ابن حزم من عدم صحة الاستدلال بالإجماع لأن ابن عباس والحسـن البصري قد أجـازا الصلاة قبـل الوقت فغير مسـلم به ؛ لأن قولهما ـ وكذا الشعبي ـ إنما هو في مسافر صلى الظهر قبل الزوال[3] ، فهل يقول ابن عباس

---

(1) المحلى ٣٢١/٢ ، ٣٢٢ وقد عقب ابن حزم كلامه هذا برده على الجمهور فيما استدل به مـن قياس العامد على الناسي ، وقد سبق في صدر المسألة ـ ص ٢٠٨ ـ مناقشة ابن حزم في هذا .

(2) النساء ١٠٣ .

(3) المغني ١ / ٢٣٨ .

رضي ا عنهما بجواز الصلاة قبل وقتها من المقيم عامدا ذلك دون أن يكون له عذر[1] ؟!. وهب أن ابن عباس رضي ا عنهما يقول بهـذا ، فإن قوله ـ لو كان يقوله ـ مخالف للكتاب والسنة ، وكفى بهما دليلا .

أما ما ذكره ابن حـزم من أن الجمهور قد أجاز أداء الزكـاة قبل وقت وجوبها[2] ، يريد بذلك إظهار تناقض الجمهور في أنه لم يقل بهذا في الصلاة ، وكلاهما سواء في بداية تأقيت وجوب أدائهما : فلا يسلم له به ؛ لأن الجمهور إنما أجاز هذا التقديم في الزكاة استدلالا بما ثبت من أن العباس رضي ا عنـه سأل رسـول ا صلى ا عليـه وسلم أن يأذن له بإخراج زكاته قبـل حلول وقتهـا فأذن له[3] . وما ثبت معارضا لهذا ، وهـو قوله صلى ا عليـه وسلم '' لا تؤدى زكاة قبـل حلول الحول ''[4] يمكن أن يحمل على نفي الوجوب لا الجواز ، أو أن الذمة لا تنشغل بهـا قبل الحول ، وليس في هـذا تعارض مع التعجيل بإخراجها .

وحتى إذا لم يكن للجمهور مستنده من السنة ، فإن هناك فرقا بين الزكاة والصلاة في الأداء قبـل حلول الوقت ، يقـول ابن قدامة : الوقت إذا دخل في

---

(١) وهذه مسألة أخرى غير ما عرف عنه رضي ا عنه من قوله بجواز الجمع للمقيم ؛ لأن النبي صلى ا عليه وسلم أراد ألا يحرج أمته وتوسعة عليهم .

(٢) ما ذكره ابن حزم من أن المالكية يقولون بجواز تقديم الزكاة قبـل وقتها ليس محل اتفـاق في المذهب ، فالأصل عندهم هو المنع ـ وهو قول مالك ـ ومن أجاز تقديم الزكـاة منهم قيده بالمـدة اليسيرة . الكافي لابن عبد البر ، ص ١٠٠ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٧هـ ـ ـ القوانين الفقهية ص ٨٩ .

(٣) أبو داود ، كتاب الزكاة ، باب في تعجيل الزكاة .
الترمذي ، أبواب الزكاة ، باب ما جاء في تعجيل الزكاة .
والحديث صالح للاحتجاج ، انظر : إرواء الغليل ٣٤٦/٣ .

(٤) ابن ماجة ، كتاب الزكاة ، باب من استفاد مالا .
الدارقطني ، كتاب الزكاة ، باب وجوب الزكاة بالحول .
والحديث ثابت أيضا ، انظر : إرواء الغليل ٢٥٤/٣ .

الشيء رفقا بالإنسان ، كان له أن يعجله ويترك الإرفاق بنفسه ، كالدين المؤجل، وكمن أدى زكاة مال غائب ، وإن لم يكن على يقين من وجوبها ، ومن الجائز أن يكون المال تالفـا في ذلك الوقت . وأما الصلاة والصـيام فتعبد محض ، والتوقيت فيهما غير معقول ، فيجب أن يقتصر عليه[1] .

كذلك فإن ما ذكره ابن حزم من أن الجمهور قالوا بأن أبا بكر رضي ا عنه إنما قاتل المرتدين قياسـا للزكاة على الصلاة ، ثم فرقوا بينهما من تقـديم الزكاة دون الصلاة : فلا يسلم له هـذا ؛ لأن أبا بكر رضي ا عنه إنما قصد بقتال من فرق بيـن الصلاة والزكاة وجوبهما ، فمن أنكر وجوب الزكاة عليـه وهو مكلف بها يصير كمن أنكر الصلاة ، فهل كان سيقاتل رضي ا عنه أناسا اشترطوا التعجيل بزكاتهم قبل وقتها ؟!. وما حكم به ابن حزم من أن الجمهور لن يجد فرقا بين الزكاة والصلاة في عدم جواز التقديم بأيهمـا سبق في الفقرتين السابقتين ذكر الفرق بينهما من السنة والنظر .

وأما ما ذكره من أن وقت صلاة النائم والناسي ممتد غير منقض ، فقد سبق تناول مناقشة هذا الأمر وانتهينا إلى أن وقت الصلاة التي لم يؤدها النائم أو الناسي ينتهي في أجله المحدد ، أي إنه ينتهي حسا وواقعا ، والنائم والناسي إنما يقضيان ما فاتهما دون أن يأثما بذلك . كما أن الجمهور لم يعترض بما افترضه ابن حزم من أنهم يقولون بأن قوله بالوقت يعارض قضاء المعذور بعد الوقت ، وذلك لأنه ليس ثم تعارض بينهمـا ، فقد جاء النص صريحا في قضـاء النائم والناسي ما فاتهما من صلاة .

كمـا أن اعتراضه على الجمهور بأنهم يقولون بأن الحج لا يجزئ في غير وقته ، وكذلك الصوم لا يجزئ في غير النهار ، فكذا تكون الصلاة : غير مسلم به ؛ لأن الصلاة تختلف عن الحج في أن الحج يمكن أن يؤدى في وقتـه لقابل لمن فاته في عامه ، كمـا أنه لا يلزم من عدم صحة الصوم بالليل عدم

---

(١) المغني ٢ / ٢٦٠ .

قضائه في وقته المعهود ، سواء أكان القضـاء عن عذر كما نص الكتاب ، أم عن عمد كما في حديث المحترق . ثم لو افترضنا صحة كلامه في أن الصلاة لا تختلف عن الحج والصوم من عدم جواز أدائها في غير وقتها، فهذا يحمل على عدم مراعاة مواقيت الصلاة عن عمد وترصد ، وليس كسلا أو تهاونا ، فضلا عن العذر .

(٣) نعود ونتابع أدلة ابن حزم ، يقول : '' وأيضا ، فإن القضاء إيجاب شرع ، والشرع لا يجـوز لغير ا تعالى على لسـان رسوله صلى ا عليه وسلم .

فنسأل من أوجب على العامد قضـاء ما تعمد تركه من الصلاة : أخبرنا عن هذه الصلاة التي تأمره بفعلها ، أهي التي أمره ا تعالى بها ، أم هي غيرها ؟. فإن قالوا هي هي . قلنا لهم فالعامد لتركها ليس عاصيا ؛ لأنه قد فعـل ما أمره ا تعالى ، ولا إثم على قولكم ولا ملامة على من تعمد ترك الصلاة حتى يخرج وقتها ، وهذا لا يقوله مسلم . وإن قالوا ليست هي التي أمره ا تعالى بها . قلنا صدقتم ، وفي هذا كفاية ؛ إذ أقروا بأنهم أمروه بما لم يأمره به ا تعالى ''[(١)] .

وما قاله ابن حزم في صدر قوله من أن القضاء إيجاب شرع ، والشرع لا يجوز لغير ا تعالى على لسان رسوله صلى ا عليه وسلم : فغير مسلم به؛ إذ إن الجمهور لم يوجب القضاء بلسان الهوى ، فقد سبق عرض أدلة الوجوب ، من أن ديون المولى سبحانه أحق بالوفاء ، وهـذا على لسان رسوله صلى ا عليه وسلم ، كما أن القضاء يجب بالأمرالأول ، وكذلك بقياس الأولى على النائم والناسي والناذر ، وأيضا بالقياس على قضاء عامد الفطر في رمضان .

ثم إن التساؤل الذي وجهه للجمهور افترض له جوابين فحسب ، على أن له جوابا ثالثا ، وهو أن صلاة القضاء هي الصلاة التي فرضها المولى سبحانه

---

(١) المحلى ٣٢٠/٢ وانظر في هذا الدليل أيضا: الصلاة وحكم تاركها ص ٣٩ .

من جهـة ، وليست هي من جهة أخرى ، فهي هي حيث إنهـا تؤدى بعينها ، وليست هي لأنها تؤدى في غير وقتهـا. والسؤال الذي ينبغي أن يسأل هو هل أوجب الشرع صلاة بهذا الوصف ؟. والجواب قد سبق ذكره في الفقرة السابقة ، والأدلة الواردة فيهـا إنما هي في حق من تركها عمدا ، أما المعذور فقد أوجب الشرع كذلك أداءها بهذا الوصف ، مع عدم الإثم في ذلك .

ثم ألم يوجب ابن حزم نفسـه على المتقيئ عمدا ـ الآثم ـ في رمضان القضاء[1] ، فهل هذا القضاء هو الصيام الذي أمر به سبحانه أم أنه غيره ؟. فإن قال هو هو صار هذا العامد غير آثم ؛ لأنه قد فعل ما أمره ا تعالى ، وهـذا لا يقوله مسلم . وإن قال ليس هو فقد صدق وفي هذا كفاية !! .

(٤) ومن أدلة ابن حزم أيضا قوله : '' ثم نسألهم عمن تعمد ترك الصلاة بعد الوقت ، أطاعة هي أم معصية ؟. فإن قالوا طاعة خالفوا إجماع أهـل الإسلام كلهم المتيقن ، وخالفوا القرآن والسنن الثابتة، وإن قالوا معصية صدقوا، ومن الباطل أن تنوب المعصية عن الطاعة ''[2] .

ويستطرد ابن القيم في هـذا الدليل فيقول : '' فإن قلتم هو مطيع بفعلها عاص بتأخيرها ، وهو أنه إذا تقرب بالفعل الذي هو طاعة لا بالتفويت الذي هو معصية : قيـل لكم الطاعة هي موافقة الأمر وامتثاله على الوجه الذي أمر به ، فأين أمر ا ورسوله ممن تعمد تفويت الصلاة بفعلها بعد خروج وقتهـا ، حتى يكون مطيعا له بذلك ؟. فلو ثبت ذلك لكان فاصلا للنزاع في المسألة ''[3] .

أما وقد ثبت للجمهور ما سبق عرضه من أدلة على وجوب القضاء فإنه ينبغي رفـع النزاع في المسـألة ، ثم إذا لم يكن للجمهور هـذه الأدلة الموجبة

---

(١) المحلى ٢٧١/٦ ووصف المتقيئ بأنه آثم هو وصف ابن حزم نفسـه ، ويبدو ذلك حتى لا يعـد مريضا ألجأه المرض إلى القيء ، وإنما تقيأ وكان بوسعه ألا يفعل . كما أنه نص على عدم وجوب الكفارة عليه .

(٢) المحلى ٣٢٠/٢ .

(٣) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٩ .

للقضاء ، ألا يكفي النصوص العـامة الداعية للتوبة في إباحته وشرعيته ؟. فالملاحظ أن أدلة ابن حزم وابن تيمية وابن القيم مما سبق عرضه وما سيأتي ، هي أدلة عامة تخرج عن إطار الاستدلال المباشر ، حيث لم يذكروا دليلا نصيا واحدا يمنع القضاء بخصوصه . ثم هل لنا أن نسأل : هل قضاء المتقيئ عمدا الصوم ـ السابق ذكره نهاية الدليل السابق ـ طاعة أم معصية ؟!.

(5) ونتابع أدلة ابن حزم ؛ حيث يقول : '' وأيضا، فإن ا تعالى قد حد أوقات الصلاة على لسان رسول ا صلى ا عليه وسلم ، وجعل لكل وقت صلاة منها أولا ـ ليس ما قبله وقتـا لتأديتها ـ وآخرا ـ ليس ما بعده وقتـا لتأديتها ـ ، هذا ما لا خلاف فيه من أحد من الأمة . فلو جاز أداؤها بعـد الوقت لما كـان لتحديده عليه السلام آخر وقتها معنى، ولكان لغوا من الكلام، وحاش من هذا .

وأيضا ، فإن كل عمل علق بوقت محدود ، فإنه لا يصح في غير وقته ؛ ولو صح في غير ذلك الوقت لمـا كان ذلك الوقت وقتا له ، وهـذا بين . وبا تعالى التوفيق ''[1] .

ويستطرد ابن القيم أيضا في هذا الدليل بقوله : '' وأيضا فغير أوقات العبادة لا تقبل تلك العبادة بوجه ، كمـا أن الليل لا يقبل الصيام ، وغير أشـهر الحج لا يقبل الحج ، وغير وقت الجمعة لا تقبل الجمعة . فأي فرق بين من قال أنا أفطر النهـار وأصوم الليل ، أو قال أنا أفطر رمضان في هـذا الحر الشديد وأصوم مكانه شهرا في الربيع ، أو قال أنا أؤخر الحج من شهره إلى المحرم ، أو قال أنا أصلي الجمعة بعد العشاء الآخرة ، أو أصلي العيدين في وسط الشهر: وبين من قال أنا أؤخر صلاة النهار إلى الليل وصلاة الليل إلى النهـار ؟. فهل يمكن أحدا قط أن يفرق بين ذلك ؟ ''[2] .

---

(١) المحلى ٣٢١/٢ .

(٢) الصلاة ٣٩ .

ويضيف : '' وقد جعل ا سبحانه للعبادات أمكنة وأزمنة وصفات ، فلا ينوب مكان عن المكان الذي جعله ا مكانا ميقاتا لهـا ، كعرفة ومزدلفة ومنى ومواضع الجمـار والمبيت والصفا والمروة ، ولا تنوب صفة من صفاتها التي أوجبها ا عليها عن صفة ، فكيف ينوب زمان عن زمانها الذي أوجبها ا فيه عنه ؟. ''[1] .

وما ذكره ابن حزم وابن القيم ، إنما يصح لو كان الجمهور يقول بجواز استبدال أوقات العبادة بدءا واختيارا ، كمن يأبى إلا أن يصلي صلاة النهار ليلا والليل نهارا . فالجمهور لم يقل هذا فلا يخاطب به ، كما أن تارك الصلاة كسلا وتهاونا لا يقول بهذا أيضا . ثم إن ما ذكره ابن القيم من شعائر لا يجوز فيهـا استبدال مكانها وزمانها فإنما ذلك لمندوحة أدائها بعـد ذلك في أوقاتها كالحج وأعماله ، وكذا الصوم الذي ثبت فيه القضاء كما في حديث المحترق كما سبق ، وقضاؤه كما هو معلوم يكون نهارا لا ليلا .

(٦) ثم يقول ابن حزم : '' ولو كان القضاء واجبا على العامد لترك الصلاة حتى يخرج وقتها لما أغفل ا تعالى ولا رسوله صلى ا عليه وسلم ذلك ، ولا نسياه ، ولا تعمدا إعناتنا بترك بيانه وما كان ربك نَسِيا [2]، وكل شريعة لم يأت بها القرآن ولا السنة فهي باطل ''[3] .

ولأن ابن القيم يأخذ بالقياس وما شابهه فإنه لم يستدل بما قاله ابن حـزم في هـذا الدليل إلا بما ورد في آخره ، يقول : '' ولا مشروع إلا ما شرعه ا ورسوله ، وهو سبحانه ما شرع فعـل الصلاة والصيام والحج إلا في أوقات مختصة به ، فإذا فاتت تلك الأوقات لم تكن مشروعة ، ولم يشرع سبحانه فعل الجمعة يوم السبت ، ولا الوقوف بعرفة في اليوم العاشر ، ولا الحج في غير أشهره .

---

(١) السابق ٣٩ .

(٢) مريم ٦٤ .

(٣) المحلى ٣٢٣/٢ .

وأما الصلوات الخمس فقد ثبت بالنص والإجمـاع أن المعذور بالنـوم والنسيان وغلبة العقـل يصليها إذا زال عذره ، وكذلك صوم رمضان شرع ا سبحانه قضاءه بعذر المرض والسفر والحيض ، وكذلك شرع رسوله الجمع بين الصلاتين المشتركتين في الوقت للمعذور بسفر أو مرض أو شغل يبيح الجمع ، فهذه يجوز تأخيرها عن وقتها المختص إلى وقت الأخرى للمعذور ، ولا يجوز لغيره بالاتفاق ، بل هـو من الكبائر العظام كما قال عمر بن الخطاب : الجمع بين الصلاتين من غير عذر من الكبائر .

ولكن يجب عليه فعلها وإن أخرها إلى وقت الثانية في هذا الصورة ؛ لأنها تفعل في هـذا الوقت في الجملة . وقد أمر النبي صلى ا عليـه وسلم بالصلاة خاف الأمراء الذين يؤخرون الصلاة عن وقتهـا . وقيل له صلى ا عليـه وسلم : ألا نقاتلهم ؟ قـال : لا ، ما صلوا . وهم كانوا يؤخرون الظهـر خاصة إلى وقت العصر ، فأمر بالصلاة خلفهم ويكـون نافلة للمصلي ، وأمره أن يصلي الصلاة في وقتها ونهى عن قتالهم ''[1] .

وقول ابن حـزم يصادم حقيقة تناهي النصوص وعدم تناهي النوازل ، وما ذكـره ـ ومعه ابن القيم ـ من أنه لا مشروع إلا ما شـرعه ا سبحانه ورسوله صلى ا عليه وسلم فقد سبق الجواب عليه خلال المناقشات السابقة .

كما يتضح من نص ابن القيم أنه يقول بأن من أخر إحدى صلاتي الجمع إلى الأخرى دون عذر فعليه ـ مع إثمه ـ أن يصليها ، وقد استدل لهذا بدليلين: الأول هو أن الصلاة تفعل في هذا الوقت في الجملة . والآخر هو إخباره صلى ا عليه وسلم بأن بعض الأمراء سيؤخرون الصلاة عن وقتهـا ، وأمره الناس بالصلاة خلفهم نافلة ؛ لأدائهم إياها في وقتها .

---

(١) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٧ وحديث تأخير الأمراء الصلاة أخرجه مسلم ، كتـاب المـساجد ومواضع الصلاة ، باب كراهية تأخيرالصلاة عن وقتها المختار وما يفعله المأموم إذا أخرها الإمام . وحديث النهي عن قتال الأئمة ما صلوا أخرجه مسلم أيضـا ، كتاب الإمارة ، باب وجوب الإنكـار على الأمراء فيما يخالف الشرع وترك قتالهم ما صلوا ونحو ذلك ، وباب خيار الأئمة وشرارهم .

وهو يريد بهذا الاستدلال ألا تقاس الصلوات التي لاتجمع على ذلك ، فلا تؤدى صلاة الصبح مثلا في وقت الظهر في حق من تعمد تأخيرها دون عذر . وقد صرح ابن القيم بهذا خلال رده على ابن عبد البر الذي استدل هـو الآخر بحديث تأخير الأمراء الصلاة على قضاء الصلاة بعد خروج وقتها .

يقول ابن القيم : '' وأما استدلالكم بأمر النبي صلى ا عليه وسلم أن تصلى نافلة مع الأمراء الذين كانوا يضيعون الصلاة عن وقتهـا ويصلونها في غير وقتهـا فلا حجة فيه ؛ لأنهم لم يكونوا يؤخرون صلاة النهار إلى الليل ولا صلاة الليل إلى النهـار ، بل كانوا يؤخرون صلاة الظهر إلى وقت العصـر ، وربما كانوا يؤخرون العصر إلى وقت الاصفرار . ونحن نقول : إنه متى أخر إحدى صلاتي الجمع إلى وقت الأخرى صلاها في وقت الثانية ، وإن كان غير معذور، وكذلك إذا أخر العصر إلى الاصفرار ، بل إلى أن يبقى منها قدر ركعة فإنه يصليها بالنص. وقد جمع النبي صلى ا عليه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا مطر ، أراد أن لا يحرج أمته . فهذا التأخير لايمنع صحة الصلاة ''[(١)] .

وقد أضاف ابن القيم في هـذا النص دليلا ثالثا ، وهو أنه صلى ا عليه وسلم جمع بالمدينة من غير خوف ولا مطر ، ولا يدل هذا على جواز الجمع دون عذر أو حاجة كما أشار ابن القيم نفسـه في النص الأول الذي حكى فيـه الاتفاق على عدم جواز الجمع لغير المعذور ، وهـذا ما يدل عليه أيضا مفهوم قول ابن عباس رضي ا عنه '' أراد أن لا يحرج أمته ''[(٢)] .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يتم لابن عبد البـر الاستدلال بحديث تأخير الأمراء الصلاة على ما أراده من قضـاء الصلاة بعـد فوات وقتها عمدا ؛ لأنه

---

(١) الصلاة ص ٥٥ .

(٢) الحديث أخرجه مسلم وغيره بهذا التعليل لابن عبـاس رضي ا عنهما ، وهناك رواية له عند أحمد ـ مسند بني هاشم ، رقم ٣٢٢٥ ـ بسـند متصل رواته ثقـات بتعليل أعم من هـذا ، وهـو '' التوسع على أمته '' ، وانظر أقوال العلمـاء في تفسـير الحديث : شرح النووي على مسلم ، ٢١٨/٥ ، ٢١٩ ، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ، طبعة ثانية ١٣٩٢هـ .

يمكن حمل فعلهم على أنهم توسعوا توسعا مذموما في معنى الحرج الذي يبيح الجمع ، وقد صار هذا الجمع هو الأصل عندهم ، فهذا ليس من باب تعمد ترك الصلاة دون عذر حتى ذهاب وقتها ، وإنما هو من باب الجمع غير السائغ الذي يأثم فاعله .

ولكن في الوقت نفسـه ، لا يسلم لابن القيم بما ذكره من أدلة على منع قياس قضاء صلوات غير الجمع على صلوات الجمع في حق العامد الذي لم ينو جمعا؛ إذ لا فرق بين خروج وقت الظهر وبين وقت الصبح في حق هذا العامد ، فما دام ابن القيم قد أوجب عليـه صلاة الظهر في وقت العصر وهـو غير معذور ، ووقت العصر لا يصلح للظهر إلا في حق المعذور ، فليأذن لنـا ابن القيـم إذن في استعارة أدلته وردوده على الجمهور في أنه كيف يقاس المعذور على غير المعذور ؟ وكيف تنوب المعصية عن الطاعة ؟... إلى آخر ما ذكره .

(٧) ويقول ابن حزم : '' وقد صح عن رسول ا صلى ا عليه وسلم (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله)[(١)] فصح أن ما فات فلا سبيل إلى إدراكه ، ولو أدرك أو أمكن أن يدرك لما فات ، كما لا تفوت المنسية أبدا ، وهـذا لا إشكال فيه . والأمة أيضـا كلها مجمعة على القول والحكم بأن الصلاة قد فاتت كذبا وباطلا . فثبت يقينا أنه لا يمكن القضاء فيها أبدا ''[(٢)] .

وقد زاد ابن القيم هـذا الدليل شرحا بقوله : قد دل النص والإجماع على أن من أخر الصلاة عن وقتها عمدا أنها قد فاتته ، كما قال النبي صلى ا عليه وسلم : (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله) وما فات فلا سبيل إلى إدراكه البتة . ولو أمكن أن يدرك لما سمي فائتا ، وهـذا مما لا شك فيه لغة وعرفا، وكذلك هو في الشرع ، وقد قال النبي صلى ا عليه وسلم : (لا يفوت

---

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب إثم من فاتته العصر .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب التغليظ في تفويت صلاة العصر .

(٢) المحلى ٣٢٣/٢ .

الحج حتى يطلع الفجر من يوم عرفة)[1] ، أفلا تراه جعله فائتا بفوات وقته لما لم يمكن أن يدرك في يوم بعد ذلك اليوم ، وهذا بخلاف المنسية والتي نام عنها فإنها لا تسمى فائتة ، ولهذا لم تدخل في قوله (الذي تفوته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله) .

والأمة مجمعة على أن من ترك الصلاة عمدا حتى يخرج وقتهـا فقد فاتته ، ولو قبلت منه وصحت بعـد الوقت لكان تسميتها فائتة لغوا وباطلا ، وكيف يفوت ما يدرك ؟. وكما أنه لا سبيل إلى استدراك الوقت الفائت أبدا ، فلا سبيل إلى استدراك فرضه ووصفه . وهـذا معنى قوله صلى ا عليه وسلم في الحديث الذي رواه أحمد وغيره (من أفطر يوما من رمضان من غير عذر لم يقضه عنه صيام الدهـر)[2] ، فأين هذا من قولكم يقضيه عنه صيام يوم من أي شهر أراد ؟[3] .

وهـذا الاستدلال منهما إنما يصح لو كان الجمهور يقول باستواء الصلاة المقضية بالمؤداة في وقتها ، وبمعنى آخر هـو أن فوات وقت الصلاة عمدا لا يعني أنهـا لا تقضى ، فوقتها هـو الذي يفوت دون وجوبها ، كالصلاة الفائتة المنسية مثلا مع فارق عدم الإثم ، والحديث إنما يبين عظم جرم من يتعمد ترك صلاة العصر دون نفي وجوب قضائها ، تماما مثل بيـان عظم ذنب الإفطـار بالجماع عمدا في رمضان ، لا يتعارض مع وجوب قضائه كمـا في حديث المحترق ، برغم تصريح حديث الإفطار عمدا بعدم إجزاء صيام الدهر ، فالجهة منفكة بين عظم الذنب وبين وجوب القضاء .

---

(١) الترمذي ، كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج . ولفظـه '' .... من جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج .... '' . والحديث ثابت السند .

(٢) الحديث فيه مقال ؛ لأنه يروى عن أبي المطوس وهو مختلف فيه ، وقد رواه الإمام أحمد وأهل السنن ، وراجع كلام ابن حجر فيه ص ٢٢٥ وقد أخرجه :

ـ أحمد ، باقي مسند المكثرين ، رقم ٨٧٨٧ ، ٩٤١٣ ، ٩٥٩٣ ، ٩٧٣٠ ، ٩٧٣١ .

ـ أبو داود ، كتاب الصوم ، باب التغليظ فيمن أفطر عمدا .

ـ الترمذي ، كتاب الصوم ، باب ما جاء في الإفطار متعمدا .

(٣) الصـلاة وحكم تاركها ٣٩ ، ٤٠ .

وقريب من هذا من يقتل ويسرق ويزني ويداوم على ارتكاب الشر والكبائر ، بما يضيع معه أي معنى لصلاته ، هل يقـال له لا تؤد الصلاة في أوقاتها ـ فضلا عن القضاء ـ لأنه لا فائدة منها ؟!.

هذا ، وقد سبق بيان عدم صحة قياس قضاء الصلاة على الحج في عدم القضاء ؛ لأن الحج لا يجب إلا مرة واحدة فيمكن أداؤه لقابل ، بل تدخله النيابة، وكذلك يحج عن الميت ، فلا يصح أن يؤدى في غير وقته .

(٨) ونعود لأدلة ابن حزم الذي يقول : '' أجمعت الأمة ـ وبه وردت النصوص كلها ـ على أن للتطوع جزءا من الخير ا أعلم بقدره ، وللفريضة أيضا جزء من الخير ا أعلم بقدره. فلابد ضرورة من أن يجتمع من جزء التطوع إذا كثر ما يوازي جزء الفريضة ويزيد عليه . وقد أخبر ا تعالى أنه لا يضيع عمل عامل، و إن الحسنَاتِ يذْهِبن السيئَاتِ [(١)]، وأن من ثَقُلَتْ موازينُه فَهو فِي عِيشَةٍ راضِيةٍ [(٢)]، و من خَفتْ موازينُه فَأُمه هاويةٌ [(٣)] ''[(٤)].

ثم أخرج بعض الأحاديث في بيان فضل التطوع، وهي حديث أن '' أول ما يحاسب الناس به يوم القيامة من أعمالهم الصلاة ، يقول ربنا تبارك وتعالى للملائكة وهو أعلم : انظروا في صلاة عبدي أتمها أم نقصها ؟. فإن كانت تامة كتبت له تامة ، وإن كان انتقص منها شيئا قال انظروا هل لعبدي من تطوع ؟. فإن كـان له تطوع قال : أتموا لعبدي فريضته من تطوعه . ثم تؤخذ الأعمال على ذلكم ''[(٥)] . ثم أخرج حديثـا في فضل صلاة الجماعة عامة ، وآخر في

---

(١) هود ١١٤ .

(٢) القارعة ٦ ، ٧ .

(٣) القارعة ٨ ، ٩ .

(٤) المحلى ٣٣٢/٢ .

(٥) أبو داود ، كتاب الصلاة ، باب قول النبي صلى ا عليه وسلم كل صلاة لا يتمها...
الترمذي ، كتاب الصلاة ، باب ما جاء أن أول ما يحاسب به العبد يوم القيامة الصلاة .
أحمد ، مسند الشاميين ، رقم ١٦٥٠٦ .

فضل العشاء والصبح خاصة ، وقد أعقب هـذا بقوله : فهذا بيـان مقدار أجر التطوع وأجر الفريضة ، وإنمـا هذا لمن تاب وندم وأقلع واستدرك ما فرط .

وأما من تعمـد ترك المفروضات واقتصر على التطوع ليجبر بذلك ما عصى في تركه مصرا على ذلك ، فهـذا عاص في تطوعه ؛ لأنه وضعه في غير موضعه ؛ لأن الله تعالى لم يضعه لتترك الفريضة ، بل ليكون زيادة خير ونافلة ، فهذا هـو الذي يجبـر به الفرض المضيع . وإذا عصى في تطوعه فهو غير مقبول منه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)[(١)] . ثم ضعف ابن حزم ما روي من أن التطوع لا يقبل ممن لا يؤدي الفريضة ، وذكـر أنه لو صح لكان المراد به من قصـد التطوع ليعوضه عن الفريضة ، مصرا على ذلك غير نادم ولا تائب[(٢)] .

ونشير هنـا إلى أن استدلال ابن حزم بحديث إكمال صلاة التطوع نقص الفريضة في رفع القضاء لا يسلم له به ؛ لأن الحديث وإن كان يحتمل جبر سنن الفريضة وآدابها وخشوعها ، وكذا فرائضها وشروطها ، وأيضا ما لم يؤد منها، بل قد يسامح المولى سبحانه من لم يصل فرضا ولا نفلا[(٣)] : فإنه لا يشمل من

(١) الحديث أخرجه :
البخاري ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود .
مسلم ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة و رد محدثات الأمور .

(٢) المحلى ٣٣٢/٢ : ٣٣٥ .

(٣) وهذا الصنف الأخير كمن يسلم وهو ليس في غمرة الموت ، ثم تدركه المنية دون أن يركـع ركعة . والاحتمالات الواردة أعلاه في تفسير الحديث إنما هي من كلام العراقي ، انظره مجتمعـا : { عون المعبود لمحمد شمس الحق العظيم آبادي ٨٢/٣ ، ٨٣ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعـة ثانية ١٤١٥هـ - تحفة الأحوذي للأحوذي ٣٨٤/٢ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، بدون تاريخ }.

هذا وقد رجح ابن العربي الاحتمال الأول ، وهو جبر نقص الخشوع ؛ وذلك لأن الزكاة وسـائر الأعمال تستكمل الفرائض فيها من جنس تطوعاتها كالصلاة ، والزكاة ليس فيها إلا فرض أو نفل ، وكما أن الزكاة يكمل فرضها من فضلها فكذلك الصلاة - تحفة الأحـوذي ٣٨٤/٢ - ولا يـسـلم لابن العربي بهـذا ؛ إذ قد يصرف المزكي زكاته إلى من تجب عليـه نفقته جهلا منه في عام مـن الأعوام ، فتصير صدقة من الصدقات وتظل ذمته مشغولة بزكاة هـذا العام . ويرجو مثل هـذا أن يشمله المولى سبحانه بعفوه ، فيجعل صدقته عن الزكاة المفروضة لهذا العام . كما قد ينسى المزكي فلا يخرج زكاته في عام من الأعوام .

يتعمد ترك الفريضـة حتى يخرج وقتهـا ، معتمدا على تعويض التطوع هـذا النقص ؛ إذ لو كان كذلك لكان من ينام عن صلاة أو ينساها أولى بعدم القضاء ، ما دام التطوع سيعوض الفريضة ، ولكن ورد النص بلزوم القضاء في حق هذا المعذور ، ولذا فإن العامد أولى به منه . معنى هـذا أن التطوع لا يعوض نقص الفرائض ما دام كان مستطاعا تعويضها بفريضة مثلها ، وهذا يشـبه ما جرى عليـه الأمر في المعاملات من أن المثليات لا تعـوض إلا بمثلها ، فإذا تعذرت فبقيمتها .

وكما أن ابن حزم قد أخرج من الحديث من يتعمد ترك الفرائض مكتفيا بأداء السنن والنوافل لما ذكره من أدلة ، فإنه يخرج منه أيضـا من تعمد ترك الفريضة ولم يقضها مع استطاعته لما ذكر من الفقرة السابقة، ولما سبق عرضه من أدلة على وجوب القضـاء من أن ديون المولى سبحانه أحق بالقضاء ، وما شابه ذلك مما سبق بيانه .

كما أننا إذا قارنا بين نقص الفريضة التي لم تؤد عمدا في وقتهـا ولم تقض اعتمادا على جبرها بالتطوع مع التوبة ، وبين نقص الفريضة التي لم تؤد في وقتها أيضا مع قضائها بعد ذلك مع التوبة كذلك ، لوجدنا أن النقص الأخير هو أقل النقصين ؛ إذ فيـه مخالفة للوقت فحسب ، فأيهما يكـون أولى وأقرب بالجبر بالتطوع أقلهما نقصا أم أعظمهما ؟!.

(٩) ونورد هنا ما قاله ابن القيم فيما ذكره ابن حزم في هذا الدليل ، فقـد أفاض في بيان وجه الدلالة فيه ، يقول : '' الصلاة في الوقت واجبة على كل حال حتى إنه يترك جميع الواجبات والشروط لأجل الوقت ، فإذا عجز عن الوضوء والاستقبال أو طهارة الثوب وستر العورة أو قراءة الفاتحة أو القيام في الوقت ، وأمكنه أن يصلي بعد الوقت بهذه الأمور فصلاته في الوقت بدونها هي التي شرعها ا وأوجبها ، ولم يكن له أن يصلي بعـد الوقت مع كمال هـذه الشروط والواجبات فعلم أن الوقت مقدم عند ا ورسوله على جميع الواجبات .

فإذا لم يكـن إلا أحـد الأمرين وجب أن يصلي في الوقت بدون هذه الشروط والواجبات ، ولو كان له سبيل إلى استدراك الصلاة بعد خروج وقتها لكانت صلاته بعـد الوقت مع كمال الشروط والواجبات خيرا من صـلاته في الوقت بدونها وأحب إلى ا ، وهذا باطل بالنص والإجماع ''[1] .

ويقول : '' وقد أمر ا سبحانه المسلمين حال مواجهة عدوهم أن يصلوا صلاة الخوف فيقصروا من أركانها ويفعلوا فيهـا الأفعال الكثيرة ، ويستدبرون فيها القبلة ويسلمون قبـل الإمام ، بل يصلون رجالا وركبانا حتى لو لم يمكنهم إلا الإيماء أتوا بها على دوابهم إلى غير القبلة في وقتها. ولو قبلت منهم في غير وقتها وصحت لجاز لهم تأخيرها إلى وقت الأمن وإمكان الإتيان بها ، وهذا يدل على أنها بعد خروج وقتها لا تكون جائزة ولا مقبولة منهم مع هـذا العذر الذي أصابهم في سبيله وجهـاد أعدائه ، فكيف تقبل من صحيح مقيم لاعذر له البتة وهو يسمع داعي ا جهـرة فيدعها حتى يخرج وقتهـا ثم يصليها في غير الوقت ؟!. وكذلك لم يفسح في تأخيرها عن وقتها للمريض ، بل أمره أن يصلي على جنبه بغير قيـام ولا ركوع ولا سجود إذا عجز عن ذلك ، ولو كانت تقبل منه وتصح في غير وقتها لجاز تأخيرها إلى زمن الصحة . فأخبرونا أي كتاب أو سنة أو أثر عن صاحب نطق بأن من أخر الصلاة وفوتها عن وقتها الذي أمر ا بإيقاعها فيه عمدا يقبلها ا منه بعـد خروج وقتها ، وتصح منه وتبرأ ذمته منها ويثاب عليها ثواب من أدى فريضته ؟. هـذا وا ما لا سبيل لكم إليه البتة حتى تقوم الساعة ''[2] .

ونشير هنا إلى أن الجمهور لم يقـل بقبول الصلاة المقضية من عامد تركها دون عذر ، وأنه يثاب عليها ثواب من أدى الفريضة في وقتها ، فالقبول وعدمه يختص بالمولى سبحانه وحده ، ليس في القضاء فحسب وإنما في الأداء أيضا ، فالذي قاله الجمهور هـو وجوب القضاء والتوبة ـ دون أن يتعرض

(١) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٨ وانظر المحلى ٣٢٩/٢ ، ٣٣٠ .

(٢) الصلاة وحكم تاركها ص ٤٠ .

للقبول ومقدار الثواب ـ وأن العامد يأثم بهذا التأخير ويرجو مغفرة ذنبه وبراءة ذمته بالتوبة وما يلزم لها .

كما لا يسلم لابن القيم فيمـا ذكره من أنه يمكن الاستغناء عن بعض شروط صحة الصلاة وواجباتها كصلاة الخوف والمريض ونحـو ذلك دون وقتها ، وأنه لا يسمح لأهل هـذه الأعذار تأخير الصلاة عن وقتها حتى تؤدى بشروطها وواجباتها : لايسلم له بهذا ؛ لأن الاستغناء عن بعض هـذه الشروط والواجبات إنمـا هو للتيسير وخشـية إدراك الموت قبل أن يكون حرصا على الوقت ، فقد يموت المحارب أو المريض قبل أن يصلي ما عليه من فرائض إذا أخر أداءها لوقت زوال العذر ، كما أن هذا فيه إبراز روح التيسير لأهل هذه الأعذار ، بحيث يؤدون الصلاة بكيفية لا تتعارض وما هم به مشغولون .

وما يؤكد أن مدار الاستغناء عن بعض شـروط صحة الصلاة وواجباتها هو التيسير ـ وخشية إدراك الموت فيمـا مثل به الإمام ابن القيم ـ وليس الحرص على عدم فوات الوقت : هو جواز الجمع بين الصلوات ، ليس للمسافر فحسب ، وإنما للمقيم أيضـا لعدم إحراج الأمة والتوسعة عليها[1] ، برغم القدرة غالبا على أدائها في أوقاتها دون جمع . ولا يعترض بأن وقتي الجمع إنما هما وقت واحـد ، كأن يكون وقت الظهر وقتا للعصر ؛ لأنه لو كان كذلك لما صار توقيت الصلوات الخمس وفعـل النبي صلى ا عليه وسلم وصحابته الكـرام وسائر الأمة معنى ، ولمـا عاب صلى ا عليه وسلم على أمراء بني أميـة تأخير الصلوات ، ولما أمر الناس بالصلاة في وقتهـا وأن تكون صلاتهم معهم نافلة . فوقتا الجمع هما وقت واحد عند مسوغ الجمع وليس لمطلق الأمر .

(١٠) ونعود لأدلة ابن حزم ومن تبعه ، يقول ابن القيم : '' وقد صح عنه صلى ا عليه وسلم أنه قال : (من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب

---

(١) راجع تخريجهما ص ٢٥٠ هامش ٢ .

الشمس فقد أدرك العصر)[1] ، فكذا من أدرك ركعة من الصبح قبـل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ، ولو كان فعلها بعـد المغرب وطلوع الشمس صحيحا مطلقا لكان مدركا ، سواء أدرك ركعة أو أقل من ركعة أو لم يدرك منها شيئا ، فإنه صلى ا عليه وسلم لم يرد إن أدرك ركعة صحت صلاته بلا إثم ؛ إذ لا خلاف بين الأمة أنه لا يحل له تأخيرها إلى أن تضيق وقتها عن كمال فعلها ، وإنمـا أراد بالإدراك الصحة والإجزاء ، وعندكم تصح وتجزي ولو أدرك منها قدر تكبيرة أو لم يدرك منها شـيئا ، فلا معنى للحديث عندكم البتة ''[2] .

وما يلاحظ هنا هو عدم التعارض بين الحديث وبين ما قاله الجمهور من وجوب القضـاء ؛ حيث لم يقل الجمهور بأن من لم يدرك من الصلاة شيئا حتى ذهب وقتها ولم يكن له عذر في هذا التأخير سيصبح مدركا لها في وقتها ، وهذا ما يفهم من الحديث بدليل الخطاب .

فمن لم يدرك من الصلاة شيئا دون عذر ، وكذا من أدرك منهـا ركعة فحسب دون عذر أيضا ، كلاهما آثم ـ مع تباين إثمهما ـ ولكن يصير ثانيهما مدركا لها في وقتهـا دون الأول الذي يلزمه قضاؤها مع توبته ، راجيـا براءة ذمته . وليس معنى هـذا أن الثاني ـ من أدرك بعض الصلاة في وقتهـا ـ لا تلزمه التوبة، وإنما تختص فحسب بتأخير الصلاة بعدم تمامها بكمالها في وقتها، دونما التوبة من عدم إدراكها في وقتها ، إذ هو مدرك لها فيه ، وهذا هو الفرق بينه وبين من ضيعها حتى خرج وقتهـا . فأي تعارض إذن بين الحديث وبين قول الجمهور بلزوم قضاء الصلاة بعد فوات وقتها ؟!.

(١١) ونعود أيضا لأدلة ابن حزم ومن تبعه ، يقول ابن تيمية : '' في إيجاب القضاء عليـه تنفير عظيم عن التوبة ، فإن الرجـل قد يعيش مدة طويلة

---

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من أدرك من الفجر ركعة .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة.

(٢) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٨ .

ولا يصلي ولا يزكي وقد لا يصوم أيضـا ، ولا يبالي من أين كسـب المال أمن حلال أم من حرام ، ولا يضبط حدود النكـاح والطلاق وغير ذلك ، فهو في جاهلية إلا أنه منتسب إلى الإسلام[1] ، فإذا هداه ا وتاب عليه فإن أوجب عليه قضـاء جميع ما تركه من الواجبات وأمر برد جميع ما اكتسبه من الأموال والخروج عما يحبه من الأبضاع إلى غير ذلك ، صارت التوبة في حقـه عذابا، وكان الكفر حينئذ أحب إليه من ذلك الإسلام الذي كان عليه ، فإن توبته من الكفر رحمة ، وتوبته وهو مسلم عذاب .

وأعرف طائفة من الصالحين من يتمنى أن يكون كافرا ليسلم فيغفر له ما قد سلف ؛ لأن التوبة عنده متعذرة عليـه أو متعسرة ، على ما قد قيـل له واعتقده من التوبة . ثم هـذا منفر لأكثر أهـل الفسوق عن التوبة ، وهو شبيه بالمؤيس للنـاس من رحمة ا ووضع الآصـار ثقيلة والأغلال عظيمـة على التائبين الذين هم أحباب ا ، فإن ا يحب التوابين ويحب المتطهرين ، وا أفرح بتوبة عبده من الواجد لماله الذي به قوامه بعد اليأس منه .

وينبغي لهذا المقام أن يحرر ، فإن كفر الكافر لم يسقط عنه ما تركه من الواجبات وما فعله من المحرمات لكون الكـافر كان معذورا بمنزلة المجتهد ، فإنه لا يعذر بلا خلاف، وإنما غفر له لأن الإسلام توبة ، والتوبة تجب ما قبلها، والتوبة من ترك تصديق وترك عمل وفعـل ، فيشبه ـ وا أعلم ـ أن يجعل حال هؤلاء في جاهليتهم كحال غيرهم ''[2] .

ومن البين أن ابن تيمية ذكر هنا دليلين في رفع القضاء ، أولهما ما في القضاء من عسـر وشدة على مثل من ذكرهم ، الأمر الذي ينفرهم عن التوبة ، وثانيهما أن التوبة تجب ما قبلها قياسا على توبة الكافر إذا أسلم . ولكن لا يسلم له فيمـا ذكره ؛ لأن الحرج الكائن هنا إنما هـو من إيجاب العامد على نفسـه وليس بإيجاب الشرع بدءا كمن يكفرعن فطر يوم بصيام ستين يوما . كمـا أنه

---

(١) بناء على أن تارك الصلاة ليس كافرا ، وأنه يعذر بجهله .

(٢) مجموع الفتاوى ٢١/٢٢ .

يمكن أن يؤخذ من كلامه أن القضـاء إذا كان لمدة ليست طويلة كسنة مثلا فإنه يقضي ما فاته ، فالقضاء من العامد ليس محظورا إذن .

ثم ماذا يقول ابن تيميـة فيمن ترك الصلاة خمس سنوات مثلا ، ثم تاب وصلى ثم عاد وتركها خمسا أيضا ثم تاب وصلى وهكذا صارت حاله، هل نقول له في كل مرة إن التوبة تجب ما قبلها فلا تقض ما مضى ؟!. أم أن الأصلح له أن يلزم بقضاء ما تركه عند أول توبة له ، خاصة أن غالب الناس يرجئ توبته الصادقة لخريف عمره ، فكلام ابن تيمية يمكن أن يتخذ ذريعة ثم دعوة للتواكل مادامت أن التوبة ترفع ما قد سلف !.

كما يمكن أن يقال إن من ترك الصلاة سنوات طويلة فعليه القضاء بقدر ما يستطيعه ، بما لا يضطرب معه سعيه ومعاشه ، ولو مات دون أن يكمل ما عليه من قضـاء فيكون قد مات بعد أن اتقى ا سبحانه ما استطاع ، راجيـا غفران ما فاق طاقته أو ما كان يمكن طوقه بمشقة غالبة . يقـول ابن قدامة : '' إذا كثرت الفوائت عليه فإنه يتشاغل بالقضاء ، ما لم تلحقه مشقة في بدنه أو مالـه ، أما في بدنه فبضعف أو خوف من مرض أو نصب أو إعيـاء ، وأما في المال فبقطعه عن معيشـته أو فوات شيء من مالـه أو ضرره . وقد نص أحمد على معنى هذا . فإن لم يعلم ما عليه قضى حتى يتيقن براءة ذمته . قال أحمد ـ في رواية صالح ـ في الرجل يضيع الصلاة : يعيد حتى لا يشك أنه قد جاء بما قد ضيع ''[1] .

وأما ما ذكره من قياس توبة المسلم على توبة الكافر في رفع القضـاء ، فهذا قيـاس مع الفارق ؛ لأن توبة الكـافر بإسلامه ورد بخصوصه النص بأن الإسلام يجب ما قبله ، ولو كانت توبة المسلم التارك التكاليف عمدا تلحق بتوبة الكافر فلم أمر النبي صلى ا وسلم المفطرعمدا في رمضان بقضاء ما أفطره وبالكفارة أيضـا ؟. فلم يقـل له صلى ا عليه وسلم بدءا بأن التـوبة تجب ما

(١) المغني ١ / ٣٥٦ .

ارتكبته فلا يلزمك قضـاء ولا كفارة . وليس هذا الأمر من عدم الاكتفاء بالتوبة وحدها خاصا بالصوم وحده، وإنما هو في سائر التكاليف من صلاة وزكاة ونذر وديـون ومعاملات وحـدود وجنايات ، وما شـابه ذلك مما تنشغل به الذمة . فالكافر لا يتوجه إليه الخطاب بهذه الأمور التي لا تصلح منه إلا بصحة اعتقاد ، ولذا فإنه لا يطالب بها إذا أسلم .

(١٢) وأخيرا فقـد استدل ابن حزم ومن تبعه ببعض الآثارعن بعض الصحابة والتابعين ، ينتهي جميعها إلى عدم صحة أداء الصلاة في غير وقتها ، وأنه لاسبيل لاستدراكها إذا فات هذا الوقت[1]، وهذه الآثارلن تزيد قوة الاستدلال بها عن مثل قوله تعالى ﴿ويلٌ للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون﴾[2] وقوله صلى الله عليه وسلم (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله)[3]، وماشابه هذا من نصوص تدل على فوات الصلاة وعدم استدراكها بفوات وقتها، وقد سبق مناقشة ذلك تفصيليا ، فلا حاجة إلى إعادته ثانية .

وبعـد عرض أدلة الفريقين نورد قول ابن رشد الحفيد في التعقيب على بعضها، يقول : '' سبب اختلافهم اختلافهم في شيئين : أحدهما في جواز القياس في الشرع . والثاني في قياس العامد على الناسي إذا سلم جواز القيـاس . فمن رأى أنه إذا وجب القضـاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة ، فالمتعمد أحرى أن يجب عليه لأنه غير معذور : أوجب القضـاء عليه . ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والأضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ أحكامها مختلفة ، وإنما تقاس الأشباه : لم يجز قياس العامد على الناسي .

والحق في هذا أنه إذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا ، وأما إن جعل من باب الرفق بالناسي والعذر له وأن لا يفوته ذلك الخير، فالعامد

---

(١) انظر هذه الآثار : المحلى ٣٢٣/٢ : ٣٢٩ ، الصلاة ٤٠ : ٤٢ .

(٢) الماعون ٤ ، ٥ .

(٣) راجع تخريجه ص ٢٥١ هامش ١ .

في هـذا ضد الناسي ، والقياس غير سائغ ؛ لأن الناسي معذور ، والعامد غير معذور .

والأصل أن القضاء لا يجب بأمر الأداء ، وإنما يجب بأمر محدد على ما قال المتكلمون ؛ لأن القاضي قد فاته الوقت ، إذ كان شرطا من شروط الصحة ، والتأخيرعن الوقت في قياس التقديم عليـه ، لكن قد ورد الأثر بالناسي والنائم ، وتردد العامد بين أن يكون شبيها أو غير شبيه . وا الموفق للحق ''[1] .

ولا تصح أن تكون علة القياس تغليظا أو رفقا في وجوب القضـاء على النائم والناسي ؛ أما التغليظ فظاهر ، وأما الرفق فإنه لو كان هـو العلة لناسب رفع القضاء كلية مع كمال أجره وثوابه كما هو مقرر . فظهر أن علة القيـاس هو شغل الذمة بالتكليف ولا يرفع عنها إلا بنص ، كرفع القضاء عن الحائض .

وما أشار إليه ابن رشد من أن القضاء يجب بأمر جديد ، قد سبق مناقشة ذلك وانتهينا إلى أن الأمر الذي تنشغل به الذمة يجب قضاؤه بالأمر الأول ولا يحتاج إلى أمر جديد ، أما ما لا تنشغل به فيحتاج إليه[2] . كذلك لايسلم له قياس التأخيرعن الوقت على التقديم عليه للفارق بينهما ، حيث الخطاب بالتكليف مع بداية الأمر دون ما قبله ، وقد سبق مناقشة ذلك أيضا[3] . وعلى هذا فإن العامد يكون شبيها بالأولى بالنائم والناسي .

وبعد هذا العرض لأدلة الجمهور وبيان سلامتها من النقد الذي وجه إليها، وعدم سلامة أدلة ابن حزم ومن تبعه مما وجه إليها، يمكن ترجيح رأي الجمهور في وجوب القضاء على من تعمد ترك الصلاة كسلا حتى خرج وقتها، وأن عليه أن يشفع هذا القضاء بتوبة ومايلازم لها من ندم واستغفار وتطوع وفعل خيرعسى أن ينال عفو ربه سبحانه .

---

(١) بداية المجتهد ١٣٢/١ .

(٢) راجع الدليل الخامس من أدلة الجمهور . ص ٢٣٣ .

(٣) راجع الدليل الثاني من أدلة ابن حزم ومن تبعه . ص ٢٤١ .

وإذا ثبت وجوب القضـاء فإننا نعود إلى المسألة الأولى الخاصة بتعيين زمن الفوائت ، وقد سبق القـول بأن بعض الحنفية قد أوجبوا على من تقادمت عليه الفوائت وتكاثرت أن يعين الزمن فيما يقضيه[1] ، بأن ينوي مثلا ظهر يوم كذا أو عصر يوم كذا وهكذا ، فإذا اشتبه عليه الزمن أو أراد تسهيل الأمر على نفسه فعليه أن ينوي في أول ظهر يقضيه أن يكـون عن اليوم الأول ، وعلى هـذا يكون الظهر التالي له عن اليوم الثاني وهكذا ، أو ينوي به أن يكون عن اليوم الأخير ، وعلى هذا يكون الظهر التالي له عن اليوم قبل الأخير وهكـذا . فالترتيب في الحالة الأولى يكون تصاعديا وفي الأخرى يكون تنازليا ، وفي كلا الحالين يكون قد عين ظهرا واحدا ـ الأول أو الأخير ـ وما تلاه يتعين بنفسه حسبما ذكر .

ودليل هؤلاء الأحناف في ذلك هو أن '' الفروض متزاحمة ، فلابد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه ، لأن فرضا من الفروض لايتأدى بنية فرض آخر ، فلهذا وجب التعيين بالنية ، والشـرط تعيين الجنس بالنية ، لأنهـا شرعت لتمييز الأجناس المختلفة ، ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغـوا لعدم الفائدة، والتصرف إذا لم يصادف محله يكون لغوا، ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب ، والصلوات كلها من قبيل المختلف ، حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين؛ لأن وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما، لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما، بل بدلوك الشمس ونحوه ، والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر ، بخلاف صوم رمضان ؛ لأنه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى ﴿ فَمن شَهد مِنكُم الشهر فَلْيصمه ﴾ وهو واحد ؛ لأنه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها ، فلذلك لا يحتاج إلى تعيين صوم يـوم كذا[2] ، حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر ، أو كان عليه قضـاء

---

(١) راجع ص ٢٠٦ .

(٢) يقول ابن الهمام : كل يوم وإن كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر ، فاجتمع في وجوب صـوم كل يوم سببان : شهود الشهر ، وخصوص اليوم . فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه إلى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الأحد . فتح القدير ٢٧٥/٤ .

صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز ، بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخـر ، حيث لا يجوز عن واحد منهمـا لاختلاف السبب ، فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهر عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس ''[1] .

وقد نفى هؤلاء الأحناف أن يكون اشتراط نية تعيين زمن الفوائت لأجل مراعاة ترتيبها[2]، فالترتيب بين الفوائت الكثيرة[3]غير واجب عند عامة الحنفية، يقول الكاساني : '' كثرة الفوائت كمـا تسقط الترتيب في الأداء تسقطه في القضاء ؛ لأنهـا لما عملت في إسقاط الترتيب في غيرها فلأن تعمل في نفسـها أولى، حتى لو قضى فوائت الفجر كلها ثم الظهر كلها ثم العصر كلها جاز''[4]. كما أن عدم الترتيب يؤخذ كذلك من الترتيب التنازلي المشار إليه قبل قليل .

ولأجل مراعاة الترتيب بين الفوائت يصيرالحنابلة موافقين لمن قـال من الحنفية بوجوب تعيين زمن الفائتة ؛ لأنه يلزم عن وجوب الترتيب بين الفوائت ـ وهو ظاهر مذهب الحنابلة ـ تعيين زمن الفائتة ، ولا يتصور ترتيب الفوائت دون هذا التعيين ، حيث ينوي الفوائت الخمس عن اليوم الأول ، ثم مثلها عن اليـوم الثاني وهكذا. فالحنابلة ـ في ظاهر المذهب ـ برغم أنهم يخالفون عامة الحنفيـة في حكم الترتيب ، إلا أنهم يوافقـون بعضهم في وجوب تعييـن زمن الفوائت .

يقول ابن مفلح : '' لو نوى من عليه ظهران فائتان ظهرا منهما لم يجزه عن أحدهما حتى تعين السـابقة لأجل الترتيب ، وقيل بلى كصلاتي نذر ؛ لأنه

---

(1) تبيين الحقائق ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ .

(2) السابق ٢٢١/٦ .

(3) يقول الكاساني : '' ظاهر الرواية على أن أدنى حد للكثرة هو أن تصير الفوائت سـتا ، فـإذا خرج وقت السادسة سقط الترتيب حتى يجوز أداء السابعة قبلها '' البـدائع ١٣٥/١ ، دار الكتـاب العربي ـ بيروت ، طبعة ثانية ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م . وحد الكثرة عند محمد هو أن تصير الفوائت خمسا ، وحدها زفر بشهر .

(4) البدائع ١٣٧/١ .

مخير هنا في الترتيب كإخراج نصف دينار عن أحد نصابين أو كفارة عن إحدى أيمان حنث فيها ، ويتوجه تخريج واحتمال يعين السابقة ''[1] .

وقد ذهب المالكيـة إلى ندب تعيين زمن الفائتـة دون وجوبه ، يقـول الدردير: '' (وإن علمها) بأنها الظهر مثلا (دون) علم (يومها) التي تركت فيه (صلاها ناويا) بها أنها (له) أي لليوم الذي تركت فيـه مجملا ، ثم النية المذكورة مندوبة فيما يظهر؛ لأن تعيين الزمن لايشترط في صحة الصلاة ''[2]. وقد أكد الدسوقي ندب هـذه النية دون وجوبها ، يقول : '' (قوله مندوبة) أي وحينئذ فقوله ناويا له أي على جهة الكمال لا على جهة الوجوب ''[3] .

كما لم يشترط الشافعية تعيين زمن الفائتة أيضا ، يقول النووي : '' إذا كان عليه فائتة أو فوائت فلا خلاف أنه لا يشترط أن ينوي الظهر ، ظهر يـوم الخميس مثلا، بل يكفيه نية الظهر، والظهر الفائتة إذا اشترطنا نية القضاء ''[4]. ولا يعني هذا صحة صلاة من نوى قضاء صلاة معينة وكان عليه غيرها، يقول النووي أيضا : '' لو نوى في الصلاة قضاء ظهر يوم الاثنين وكان عليه ظهر الثلاثاء لم يجزه ، صرح به البغوي ''[5] .

هـذا ، وقد سبق تفصيل القول في أن الظاهرية لا يوجبون القضاء على من تهاون بالصلاة ، ولكن ما ذكره ابن حزم في النسيان والترتيب قد يؤخذ منه أنه يقـول بعدم وجوب تعيـن زمن الفائتـة ، فهو يرى أن من '' نسي ظهرا وعصرا ، لا يدري أمن يوم واحد أم من يومين أو **يـدري** ، صلاهما فقط ولا

---

(1) الفروع ٣٩٢/١ ، ٣٩٣ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، طبعة أولى ١٤١٨هـ . وانظـر : المغني ١ / ٣٥٢ ، الإنصـاف ٤٤٣/١ ، مطالب أولى النهى ٣٢١/١ ، المكتب الإسـلامي ـ بيروت / دمشق ، بدون تاريخ .

(2) الشرح الكبير ٢٦٨/١ .

(3) حاشية الدسوقي ٢٦٨/١ .

(4) المجموع ٢٤٤/٣ .

(5) السابق ٣٧٨/١ .

يبالي أيهمـا قدم ؛ لأنه لم يوجب عليه غير ذلك نص سنة ولا قرآن ولا إجماع ولا قياس ولا قول صاحب ''[1] . ويقول أيضا : '' إنما يجب الترتيب ما دامت الأوقات قائمة مرتبة بترتيب ا تعالى لها ، وأما عند خروج بعض الأوقات فلا؛ إذ لم يأت بذلك نص قرآن ولا سنة ولا إجماع . وبا تعالى التوفيق ''[2] .

وقد ذهب الزيدية إلى عدم وجـوب تعيين زمن الفوائت أيضـا ، يقول صاحب التاج المذهب: '' (ولا يجب الترتيب) بين الصلوات المؤداة والمقضية إذا قضى مع الفرض فرضـا ، بل يبدأ بأيهما شـاء ، لكن يستحب عندنا تقديم الفائتة إذا كان متوضئا ما لم يخش فوت الحاضرة ، فلو قدمهـا مع خشية فوت الحاضرة لم يجزه. (ولا) يجب الترتيب أيضا (بين) الصلوات (المقضيات) عندنا ، بأن يقول من أول ما علي من كذا ، بل يبدأ بأيتهن شاء ، (ولا) يجب أيضا **(التعيين)** عندنا ، فيقول من آخر ما علي من كذا ، أو من أول ما علي من كذا ''[3] .

---

(١) المحلى ٢٥٩/٤ .

(٢) السابق : الموضع نفسه . ولا يعتقَد أن ابن حزم يقول بوجوب ترتيب الفوائت بقولـه '' ولا فرق بين وجوب الترتيب في صلاة يوم وليلة وبين وجوبه في ترتيب صلاة أمس قبل صلاة اليوم ، وصلاة أول أمس قبل صلاة أمس، وهكذا أبدا '' ـ المحلى ٢٥٢/٤ ـ لأن قوله هذا جاء ردا على الإمامين أبي حنيفة ومالك فيما ذهبا إليـه من وجوب تقديم خمس فوائت فأقل على الحاضـرة ، ولا يجب فيما فوق ذلك ، فابن حـزم يرى أن '' من ذكر في نفس صلاته ـ أي صلاة كانـت ـ أنـه نسي صلاة فرض واحدة أو أكثر من واحدة ، أو كان في صلاة الصبح فذكر أنه نسي الوتر : تمادى في صلاته تلك حتى يتمها ، ثم يصلي التي ذكر فقـط ، لا يجوز له غيـر ذلك ، ولا يعيـد التـي ذكرها فيها '' ـ المحلى ٢٥١/٤ ـ كما قد يعتقَد أن ابن حزم يقول بوجوب ترتيب الفوائت أيـضا بقوله '' إن ذكر صلاة وهو في وقت أخرى ، فإن كان في الوقت فسحة فليبدأ بالتي ذكر سواء كانت واحدة أو خمسا أو عشرا أو أكثر ، يصلي جميعها مرتبة ثم يصلي التي هو في وقتها '' ـ المحلى ٢٥٤/٤ ـ فقد أبان عن حكم الترتيب هنا بأنه ليس واجبا ، فبعد أن ساق حديث صلاة النبي صـلى ا عليه وسلم الظهر والعصر في وقت المغرب يوم الخندق قال : وإنما لم نجعل ذلك واجبـا لأنـه عمل لا أمر . المحلى ٢٥٥/٤ .

(٣) التاج المذهب ١٣٤/١ .

وقد اختلف الإمامية في وجوب ترتيب الفوائت فيما بينها ، وما يلزم عنه من تعيين زمنها ، وهذا الخلاف إنما هو في غير فرائض اليوم الواحد ، أما هي فلا خلاف في جوب ترتيبها ، ويبدو أن دليلهم في هذا هو فعـل النبي صلى ا عليه وسلم يوم الخندق ، ولا يؤخذ من وجوب ترتيب القضاء في صلوات اليوم الواحد وجوب تعيين زمن الفوائت عامة ؛ إذ إنه لا يوجد إلا صبح واحد وظهر واحد وهكذا، وهذا يختلف عما إذا كان عليه فرائض أكثر من يوم ، حيث تتكرر الفرائض أو بعضها ، ويتكرر الزمن تبعا لذلك[1].

وكذلك اختلف الإباضية في وجوب تعيين زمن الفوائت وترتيبها ، بنـاء على خلافهم في الفوائت : هل لها أوقات كالمؤداة أم لا ؟[2] .

وبعد عرض المذاهب في المسألة يمكن ترجيح رأي من قال بعدم وجوب تعيين زمن الفوائت ، ويمكن أيضا الرد على من قال من الحنفية بأن الصلوات تختلف باختلاف أوقاتها فيجب تعيين زمنها في القضـاء بما قاله ابن حزم بأن الأوقات إنما تعتبر في الأداء وبتوقيت المولى سبحانه لها ، أما بعـد ذهابها فلا اعتبـار لها ، وما جاء عنه صلى ا عليه وسلم من قضاء الصلوات مرتبة يوم الخندق فليس فيه دليل على الوجوب ؛ إذ إنه فعل ـ ليس بدائم بل لم يتكرر ـ وليس بقول ، كما لم يرد نهي عن قضائها دون تعيين زمنها .

(١) شرائع الإسلام ١٢١/١ وفي تفصيل الخلاف انظر : الروضة البهية ٣٤٤/١ : ٣٤٩ .

(٢) النيل وشرحه ٢/ ٤٨٦ : ٤٩١ .

تقادم الزكـاة

قد يتقادم المال الذي تجب فيه الزكاة في يد صاحبه دون أن يزكيه ، فهل يجب عليه زكاة ما مضى من أعوام ؟.

ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه وزفر إلى وجوب دفع زكـاة ما مضى من أعوام ، ما دام هـذا المال يزيد عن النصاب ، وتكفي هذه الزيادة زكاة هذه الأعوام .

أما إذا كان هـذا المال نصابا فحسب فإن حكمه يختلف ، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى وجوب الزكاة عن العـام الأول فحسب ، إذ ينقص النصـاب بذلك ، وسواء في ذلك كان نصابا واحدا أو استهلك بعـد العام الأول ثم استفاد صاحبه نصابا آخر حال عليه حول ثان أو أكثر . ودليلهما في هـذا هو أن كل ذلك دين مطالب به من جهة العباد[1] .

وقد وافـق أبو يوسف أبا حنيفة ومحمدا في حال بقـاء النصاب الواحد أحوالا ، أما في حال استهلاكه فقد قال بوجوب الزكاة عن هذا المال المستهلك ، وكذا في النصاب المستفاد . يقول الكاساني : " ولأبي يوسف الفرق بين وجوب الزكاة وبين دينهـا ، هو أن دين الزكاة في الذمة لا يتعلق بالنصاب ، فلا يمنع الوجوب كدين الكفارات والنذور . وأما وجوب الزكـاة فمتعلق بالنصاب ؛ إذ الواجب جزء من النصاب ، واستحقاق جـزء من النصاب يوجب النصاب ؛ إذ المستحق كالمصروف "[2] .

وأما زفر فقد قال بوجوب الزكاة عن جميع الأعوام في الحالين ، ودليله في ذلك هـو أن الأموال الباطنة لا مطالب لهـا من جهة العباد ، فتعد كالنذوز والكفارات في عدم منـع الزكاة ، وزكاة الأموال الظاهـرة ـ والزكاة بصفـة

---

(١) بدائع الصنائع ٢ / ٧ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

عامة ـ تعتبر قربة تعـالى ، فتعد كالنذور والكفارات أيضـا في عدم منع الزكاة .

وقد نسب إليه رواية أخرى ، وهي أنه يرى هذا في الأموال الباطنة دون الظاهرة ؛ وذلك لأن الأموال الباطنة لا يطالب الإمام بزكاتها ، فلم يكن لزكاتها مطالب من جهة العبـاد ، سواء كانت في العين أو في الذمة ، بخلاف الأموال الظاهرة ؛ لأن الإمام يطالب بزكاتها[1] .

وقد رد الحنفية أنفسهم على زفر بأن دين الزكاة عن الأموال الباطنـة بمنزلته عن الأموال الظاهرة ، فإن المصدق كان يأخذ منها في عهد رسول ا صلى ا عليه وسلم والخليفتين من بعده رضي ا عنهما ، حتى فوض عثمان رضي ا عنه الأداء إلى أرباب الأموال لمـا خاف المشقة والحرج في تفتيش الأموال عليهم من سعاة السوء ، فكان ذلك توكيلا منه لصاحب المال بالأداء فنفذ توكيله ؛ لأنه كان عن نظر صحيح[2] .

وقد قيل لأبي يوسف ما حجتك على زفر ؟ . فقال ما حجتي على رجل يوجب في مائتي درهم أربعمائة درهم !. ومراده إذا ملك مائتي درهم فحـال عليها ثمانون حولا[3] .

هذا وقد ذهب الإمام مالك إلى أن الرجل إذا فرط في الزكـاة ضمنها وإن أحاطت بماله ، فقد سأل سحنون ابن القاسم : أرأيت لو أن رجلا كان عنده مائة دينار فحال عليهـا الحول ، وعليه زكاة كان قد فرط فيهـا ، لم يؤدها من زكاة المال والماشية وما أنبتت الأرض ، أتكون فيما بين يديه الزكاة ؟. قال لا

---

(1) السابق ٢ / ٧ .

(2) مبسوط السرخسي ٢ / ١٦٩ ، ١٧٠ وانظـر تحفة الفقهـاء للسمرقندي ١ / ٢٧٥ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ .

(3) مبسوط السرخسي ٢ / ١٦٩ وانظـر : مبسوط محمد بن الحسـن ٢ / ١٨ ، ١٩ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي ، بدون تاريخ الهداية ١ / ٩٦ ، ٩٧ حاشية ابن عابدين ٢ / ٢٦٠ ، ٢٦١ .

يكون عليه فيما بين يديه الزكاة إلا أن يبقى ـ بعد أن يؤدي ما كان فرط فيه من الزكاة ـ ما تجب فيه الزكاة ـ عشرون دينـارا فصاعدا ـ ، فإن بقي في يديه عشرون دينارا فصاعدا زكاه . قلت : وهـذا قول مالك ؟. قال : هـذا رأيي ، وذلك لأن مالكا قال لي في الزكاة : إذا فرط فيهـا الرجل ضمنها وإن أحاطت بماله . وهذا عندي مثله[1] .

كما أن الإمام مالكا جعل المستحق كالمصروف في الزكاة ، فمن كان عنده أربعون شاة مر عليها حولان دون زكاة زكاها لعام واحد فحسب ، يقول : إذا كانت غنما فغاب عنهـا الساعي خمس سنين ، فوجدها حين جاءهـا ثلاثا وأربعين ، أخذ منها أربع شياه لأربع سنين وسقطت عن ربها سنة ؛ لأنه حين أخذ منها أربع شياه صارت إلى أقل مما تجب فيه الزكاة، فلا زكاة عليه فيها[2].

ويقول سحنون: قلت : أرأيت إن كانت خمسا من الإبل فمضى لها سنون خمس لم يأته فيها المصدق ، فأتاه بعـد الخمس سنين ؟. فقال ـ ابن القاسم ـ عليه خمس شياه . قلت : فلم يكون عليه خمس شياه ولم يجعـل في الغنم حين صارت إلى ما لا زكاة فيهـا شيئا ؟. فقال : لأن الإبل في هـذا خلاف الغنم ، الإبل زكاتها من غيرها هاهنا ، إنما زكاتها من الغنم ، والغنم إنما زكاتها منها ، فلما رجعت الغنم إلى ما لا زكاة فيها ، حين أخذ المصدق منها ما أخذ ، لم يكن له عليها شيء . وهذا كله قول مالك[3] .

كما ذهب الإمام مالك إلى أن غير المدير ـ في زكاة التجـارة ـ لا يزكي كل عام ، فقد قال إن المدير يقوم إذا نض له شيء في العام، وغير المدير ليس عليـه ذلك وإن أقام العرض للتجارة عنده سنين ، ليس عليه فيه زكـاة ، فإذا باعه زكاه زكاة واحدة لسنة واحدة[4] .

---

(١) المدونة ٢ / ٣٣٦ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) السابق ٢ / ٢٥٦ .

(٤) التمهيد ١٧ / ١٢٧ ، المدونة ٢ / ٣٥١ .

أما الشافعية فقـد أوجبوا الزكاة عن الأعوام السـابقة بشرط عدم نقص النصاب ، يقول النووي : قال أصحابنا : وإذا أوجبنا الزكاة في الأحوال الماضية فشرطه أن لا ينقص المال عن النصاب بما يجب للزكاة ، بأن يكون في الماشية وقص أو كان له مال آخر يفي بقدرالزكاة. أما إذا كان المال نصابا فقط ومضت أحوال ، فقال الجمهور لا تجب زكـاة ما زاد على الحـول الأول ؛ لأن قول الوجوب هو الجديد ، والجديد يقـول بتعلق الزكاة بالعين فينقص النصاب من السنة الثانية ، فلا يجب شيء إلا أن تتوالد ، بحيث لا ينقص النصاب . هذا قول الجمهور[1] .

وقد ورد في باب المال يحول عليه أحوال في يدي صاحبه في (الأم) عن الربيع قال أخبرنا الشافعي قال : وإذا كان لرجل خمس من الإبل ، فحال عليهـا أحوال وهي في يده لم يؤد زكاتها ، فعليه فيهـا زكاة عام واحد ؛ لأن الزكـاة في أعيانها ـ وإن خرجت منها شاة في السنة ـ فلم يبق له خمس تجب فيهن الزكاة . قـال الربيع : وفيه قول آخر : أن عليه في كل خمس من الإبل ، أقامت عنده أحوالا ، أداء زكاتها في كل عام أقامت عنده شاة في كل عام ؛ لأنه إنما يخرج الزكاة من غيرها عنها ...

قال الشافعي:ولو كانت له أربعون شاة فحال عليها أحوال ولم تزد، فأحب إلي أن يؤدي زكاتها لما مضى عليها من السنين ، ولا يبين لي أن نجبره ـ إذا لم يكن له إلا الأربعون شاة فحالت عليها ثلاثة أحوال ـ أن يؤدي ثلاثة شياه[2].

قال الربيع : وفي الإبل إذا كانت عنـده خمس من الإبل فحال عليهـا أحوال ، كانت عليه في كل حول شاة ؛ لأن الزكاة ليست من عينها ، إنما تخرج من غيرها ، وهي مخالفة للغنم التي في عينها الزكاة[3] .

---

(1) المجموع 5/ 307 .

(2) يقول الفيومي : الشاة من الغنم يقع على الذكر والأنثى ، فيقال هـذا شاة للذكر، وهـذه شـاة للأنثى . المصباح المنير : شوه .

(3) الأم 2 / 53 وانظر حلية العلماء للشاشي القفال 3 / 49 ، 50 مؤسسة الرسالة ، دار الأرقم ـ بيروت ـ عمان ـ الأردن ، طبعة أولى 1400هـ .

هذا وللحنابلة ثلاثة أقوال في المسألة :

الأول أن الزكاة تجب في عيـن المال ، وهـو المذهب وعليـه أكثر الأصحاب ونص عليه في رواية الجماعة . فلو حال على النصاب أحوال لم تؤد زكاتها تعلقت الزكاة في الحول الأول بقدره ، فإن كان نصابا لا زيادة عليه ، فلا زكاة فيه فيما بعد الحول الأول ؛ لأن النصاب نقص فيه ، وإن كان أكثر من نصاب عزل قدر فرض الحول الأول ، وعليه زكاة ما بقي[1] .

ودليل هذا القول هو قوله صلى ا عليه وسلم (في أربعين شاة شاة)[2] وقوله (فيما سقت السماء العشر ، وفيما سقي بدالية أو نضح نصف العشر)[3]، وغيـر ذلك من الألفـاظ الواردة بحـرف (في) وهي للظرفية . وإنمـا جاز الإخراج من غير النصاب رخصة[4] .

ولا يسري هذا الحكم إذا كانت الزكاة من غير جنس المـال ، يقول ابن قدامة : '' إن ملك خمسا من الإبل ، فلم يؤد زكاتها أحوالا ، فعليه في كل سنة شاة . نص عليه في رواية الأثرم . قال في رواية الأثرم : المال غير الإبل ؛ إذا أدى من الإبل لم ينقص ، والخمس بحالها ، وكذلك ما دون خمس وعشرين من الإبل ، لا تنقص زكاتها فيما بعد الحول الأول ؛ لأن الفرض يجب من غيرها ، فلا يمكـن تعلقه بالعين . وللشـافعي قولان : أحدهما أن زكاتها تنقص كسائر الأموال ، فإذا كان عنده خمس من الإبل ، فمضى عليها أحوال ، لم تجب عليه فيها إلا شـاة واحدة ؛ لأنهـا نقصت بوجوب الزكاة فيها في الحول الأول عن خمس كاملة فلم يجب عليه فيها شيء ، كما لو ملك أربعا وجزءا من بعير .

---

(١) المغني ٢ / ٢٨٧ .

(٢) البخاري ، كتاب الزكاة ، باب زكاة الغنم . ولفظه : ... وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاةٌ..

(٣) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الزكاة ، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء .

مسلم ، كتاب الزكاة ، باب ما فيه العشر أو نصف العشر .

(٤) المغني ٢ / ٢٨٧ .

ولنا أن الواجب من غير النصاب ، فلم ينقص به النصاب ، كما لو أداه ، وفارق سائر المـال ، فإن الزكاة يتعلق وجوبها بعينـه فينقصه كما لو أداه من النصاب. فعلى هذا لو ملك خمسا وعشرين فحالت عليها أحوال، فعليه في الحول الأول بنت مخاض ، وعليه لكل حول بعده أربع شياه ، وإن بلغت الشاة الواجبة أكثر من خمس من الإبل ''[1] .

الثاني أن الزكاة تجب في الذمة ، وهو إحدى الروايتين عن أحمـد ؛ لأن إخراجها من غير النصاب جائز ، فلم تكن واجبة فيه كزكاة الفطر ، ولأنها لو وجبت فيه لامتنع تصرف المالك فيـه ، ولتمكن المستحقون من إلزامه أداء الزكـاة من عينه ، أو ظهر شيء من أحكام ثبوته فيه ، ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط .

فلو حـال على ماله حولان لم يؤد زكاتهما ، وجب عليـه أداؤهما لما مضى، ولا تنقص عنه الزكاة في الحول الثاني ، وكذلك إن كان أكثر من نصاب لم تنقص الزكـاة ، وإن مضى عليه أحوال . فلو كان عنده أربعون شاة مضى عليها ثلاثة أحوال لم يؤد زكاتها ، وجب عليه ثلاث شياه ، وإن كانت مائة دينار فعليه سبعة دنانير ونصف ؛ لأن الزكـاة وجبت في ذمته ، فلم يؤثر في تنقيص النصاب . لكن إن لم يكن له مال آخر يؤدي الزكاة منه ، احتمل أن تسقط الزكاة في قدرهـا ؛ لأن الدين يمنع وجوب الزكاة . وقال ابن عقيل : لا تسقط الزكاة بهذا الحال ؛ لأن الشيء لا يسقط نفسه ، وقد يسقط غيره ، بدليل أن تغير الماء بالنجاسة في محلها لا يمنع صحة طهارتها وإزالتها له ، ويمنع إزالة نجاسـة غيرها . والأول أولى ؛ لأن الزكاة الثانية غير الأولى[2] .

الثالث تنـزيل الروايتين على اختلاف حاليـن ، وهما يسـار المالك وإعساره ، فإن كان موسرا وجبت في ذمته ، وإن كان معسرا وجبت في عين

---

(1) المغني ٢ / ٢٨٨ .

(2) المغني ٢ / ٢٨٧ وانظر : المحرر لابن تيمية الجد ١ / ٢١٩ ، مكتبة المعـارف بالريـاض ، طبعة ثانية ١٤٠٤هـ - الفروع ٢ / ٢٦٥ ، ٢٦٦ - الإنصاف ٣ / ٣٥ .

المال . وقد وصف هذا القول بأنه غريب[1] .

وأخيرا فقد ذهب ابن حزم إلى وجوب دفع زكاة الأعوام الماضية حتى لو أتت على جميع ماله ، يقول : من اجتمع في ماله زكاتان فصاعدا وهو حي ، تؤدى كلهـا لكل سنة على عدد ما وجب عليـه في كل عام ، وسواء كان ذلك لهروبه بماله ، أو لتأخير السـاعي ، أو لجهله ، أو لغير ذلك . وسواء في ذلك العين والحرث والماشية، وسواء أتت الزكاة على جميع ماله أو لم تأت ، وسواء رجع ماله بعد أخذ الزكاة منه إلى ما لا زكاة فيه أو لم يرجع[2] . وقد بنى ابن حزم رأيه هـذا على وجوب الزكاة في الذمة ، وقد سبق عرض أدلة هذا الرأي في القول الثاني للحنابلة .

من خلال ما سبق عرضه يمكن ترجيح قول من قال بأن الزكاة تجب في الذمة ، وأن للمزكي أن يخرجها من المال الذي وجبت فيه أو من غيره ؛ حيث لا يسلم لأدلة من قال بوجوبها في عين المال ، فقد استدلوا ـ كما سبق ـ بأن أحاديث مقادير الزكاة ورد بها لفظ (في) وهو للظرفية ، كقوله صلى ا عليه وسلم (في كل أربعين شاة شاة)[3] . لا يسلم لهم بهذا ؛ لأن (في) لا يقتصر معناها على الظرفية ، بل ينسحب لبيان الحد ، فمعناها هو : (عن) كل أربعين شاة شاة . ولو كانت للظرفية فحسب في نصوص مقادير الزكاة لما أمكن تصور ذلك في بعض هـذه النصوص ، كقوله صلى ا عليه وسلم (في كل خمس من الإبل شاة)[4] . وأما ما ذكروه من أن جواز الإخراج من غير النصاب رخصة فلم يذكروا له دليلا .

وعلى هـذا فلو أهمل المسـلم إخراج زكاته أعواما ، فعليـه إخراجها عن هـذه الأعوام ، مراعيا نصابها في كل عام ، بحيث يجعل المستحق منهـا

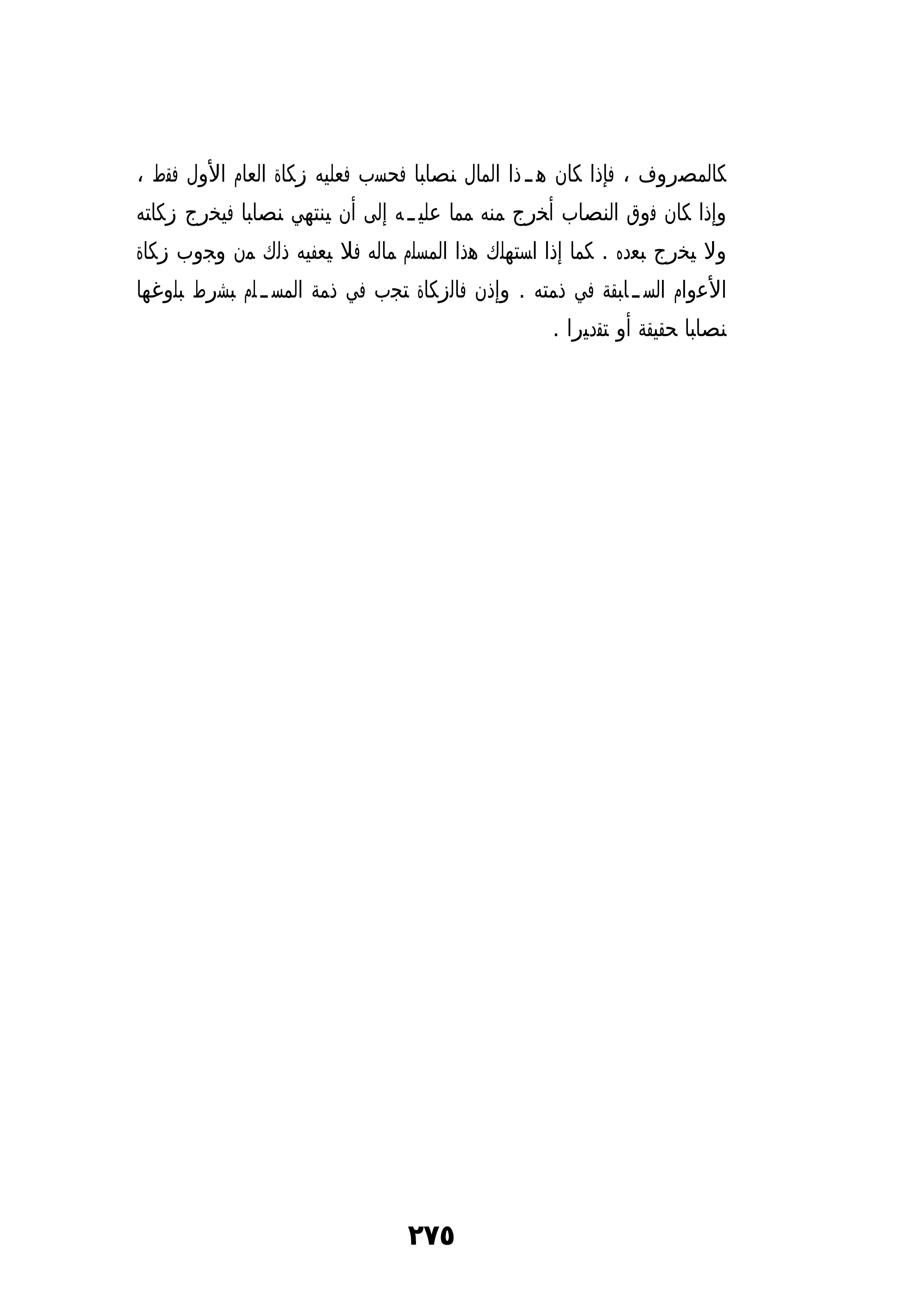
---

(١) الإنصاف ٣ / ٣٦ .

(٢) المحلى ٦ / ١١٠ ، ١١١ وانظره أيضا : ٥ / ٣٩٠ ، ٣٩١ .

(٣) راجع تخريجه ص ٢٧٢ هامش ٢ .

(٤) أبو داود ، كتاب الزكاة ، باب في زكاة السائمة .



كالمصروف ، فإذا كان هـذا المال نصابا فحسب فعليه زكاة العام الأول فقط ، وإذا كان فوق النصاب أخرج منه مما عليـه إلى أن ينتهي نصابا فيخرج زكاته ولا يخرج بعده . كما إذا استهلك هذا المسلم ماله فلا يعفيه ذلك من وجوب زكاة الأعوام السـابقة في ذمته . وإذن فالزكاة تجب في ذمة المسـلم بشرط بلوغها نصابا حقيقة أو تقديرا .

تقادم الصوم

ذهب المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن بعض أصحاب الأعذار كالمسافر ، إذا لم يصم ما عليه حتى دخل عليه رمضان آخر ، ولم يكن معذورا في هذا التأخير ، فإنه يصوم رمضان الحاضر ، ثم يقضي ما عليه من رمضان الأول ، ويفدي ـ بجانب القضاء ـ عن كل يوم أفطره . أما إذا كان معذورا فعليه القضاء فحسب .

يقول ابن قدامة : '' وجملة ذلك أن من عليه صوم من رمضان ، فله تأخيره ما لم يدخل رمضان آخـر ؛ لما روت عائشة قالت : كـان يكون على الصيام من شـهر رمضان ، فما أقضيه حتى يجيء شعبان . متفق عليه[4] . ولا يجوز له تأخير القضاء إلى رمضان آخر من غير عذر ؛ لأن عائشة رضي ا عنها لم تؤخر إلى ذلك ، ولو أمكنها لأخرته ، ولأن الصوم عبادة متكررة ، فلم يجز تأخير الأولى عن الثانية كالصلوات المفروضة .

فإن أخره عن رمضان آخـر نظرنا ، فإن كـان لعذر فليس عليـه إلا القضاء ، وإن كان لغير عذر ، فعليه مع القضاء إطعام مسكين لكل يوم . وبهذا قال ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة ومجاهد وسعيد بن جبير ومالك والثوري والأوزاعي والشـافعي وإسحاق . وقال الحسـن والنخعي وأبو حنيفة : لا فدية عليه ؛ لأنه صوم واجب ، فلم يجب عليه في تأخيره كفارة ، كما لو أخر الأداء والنذر .

ولنـا ما روي عن ابن عمر وابن عباس وأبو هريرة أنهم قالوا : أطعم عن كل يوم مسكينا . ولم يرد عن غيرهم من الصحابة خلافهم . وروي مسندا

---

(١) الكافي ص ١٢٢ ـ القوانين الفقهية ص ٨٤ .

(٢) المهذب والمجموع ٦ / ٣٨٣ ، ٣٨٥ .

(٣) المغني ٣ / ٤٠ .

(٤) البخاري ، كتاب الصوم ، باب متى يقضى قضاء رمضان .
مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء رمضان في شعبان .

من طريق ضعيف . ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية كالشيخ الهم ''[1] .

ثم اختلف هؤلاء فيمن أخر القضـاء حتى دخل عليه رمضانان فأكثر ، هل تتكرر الفدية بعدد السنين أم يكفيه فدية واحدة ؟. ذهب المالكية والحنابلة إلى عدم تكررها ؛ لأن كثرة التأخير لا يزداد بهـا الواجب ، كما لو أخـر الحج الواجب سنين ، لم يكن عليه أكثر من فعله[٢] .

أما الشـافعية فقد ذكر الشيرازي الوجهين ، يقول : إن أخره سنتين ففيه وجهان أحدهما يجب لكل سنة مد ؛ لأنه تأخير سنة فأشبهت السـنة الأولى . والثاني لا يجب للثانية شيء ؛ لأن القضاء مؤقت بما بين رمضانين ، فإذا أخره عن السنة الأولى فقد أخره عن وقته فوجبت الكفارة ، وهذا المعنى لا يوجد فيما بعد السنة الأولى ، فلم يجب بالتأخير كفارة[٣] .

وقد عقب النووي على هـذا بقوله : لو أخـره حتى مضى رمضانان فصاعدا هل يتكرر المد عن كل يوم بتكرر السنين أم يكفي مد عن كل السنين ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، أصحهما يتكرر ، صححه إمام الحرمين وغيره ، وقطـع به القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد ، وخالفهم صاحب الحاوي فقال الأصح أنه يكفي مد واحد لجميع السنين . والأول أصح[٤].

هذا عن رأي من يرى وجـوب الفدية أما الفريـق الآخر ـ الحنفية ، الظاهرية ، الزيدية ـ فقد ذهبوا إلى الاقتصار على القضـاء فحسب ، واستدلوا لرأيهم بعدم تقييد النصوص الواردة في القضاء ، مثل قوله تعالى فَعِدةٌ من أَيامٍ أُخَرَ [٥] ، ومثل أمره صلى ا عليه وسلم أصحاب الأعذار كالحائض بالقضاء

---

(١) المغني ٣ / ٤٠ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٨٤ ـ المغني ٣ / ٤٠ .

(٣) المهذب ٦ / ٣٨٣ .

(٤) المجموع ٦ / ٣٨٥ .

(٥) البقرة ١٨٤ ، ١٨٥ .

دون توقيت هـذا القضاء ودون تحـذير من تأخيره لرمضان التالي ، فيصرف الأمر إلى التراخي[1] ، أو يظـل على إطلاقه من عدم الدلالة على فـور أو تراخ[2] ، وتظل البراءة الأصلية قاضية بعدم وجوب الاشتغال بالأحكام التكليفية حتى يقوم الدليل الناقل عنها[3] .

ويمكن الجواب على أدلة الفريق الأول بأن حديث عائشة رضي ا عنها ليس فيه منع القضاء إلى ما بعد رمضان التالي ، وإذا كان لائقا بمقامها رضي ا عنها ألا تؤخر القضاء إلى هـذا الوقت فقد يليق بغيرها . وإذا كـان سبب تأخيرها ـ كما قالوا ـ هو حاجة النبي صلى ا عليه وسلم فلماذا لم تقضه في أيام صيامه خلال العـام ؟!. وقضاؤها رضي ا عنها هـو أيام يسيرة ، وأيام صيامه صلى ا عليه وسلم يزيد عليها بكثير .

وأما كون الصوم عبادة متكررة كالصلاة ، فلا يجوز تأخير الأولى عن الثانية ، فهذا يقال في الأداء وليس القضـاء الذي لا وقت له ، وقد سبق تفصيل القول في ذلك في تقادم الصلاة ، فلا حاجة لإعادته ثانية هنا .

وبرغم أن ابن حزم قد ذهب إلى عدم وجوب الفدية على من أخر القضاء إلى ما بعد رمضان التالي، فإنه ألزم الإساءة كل من أخره دون عذر ولو لم يتعد تأخيره رمضان التالي ، يقول: '' من كانت عليه أيام من رمضان فأخر قضاءها عمدا أو لعذر أو لنسيان حتى جاء رمضان آخر ، فإنه يصوم رمضان الذي ورد عليه كما أمره ا تعالى ، فإذا أفطر في أول شوال قضى الأيام التي كانت عليه ولا مزيد ، وإطعام عليه في ذلك ، وكذلك لو أخرها عدة سنين ولا فرق . إلا أنه قد أسـاء في تأخيرها عمدا ، سواء أخرها إلى رمضان أو مقدار ما كـان يمكنه قضاؤها من الأيام؛ لقول ا تعالى وسارعوا إِلَى مغْفِرةٍ من ربكُم [4]،

---

(1) الهداية ١ / ١٢٧ ـ فتح القدير ٢ / ٣٥٤ ـ بدائع الصنائع ٢ / ١٠٤ ـ المحلى ٦ / ٣٩٤ .

(2) إرشاد الفحول ١ / ١٨١ .

(3) نيل الأوطار ٤ / ٢٣٥ .

(4) آل عمران : ١٣٣ .

فالمسارعة إلى ا   المفترضة واجبة ''[1] .

فلا يسلم له هذا ؛ إذ إن حديث عائشة رضي ا   عنها يدل على جواز التأخير مطلقا ، سواء أكان لعذر أم لغير عذر[2] ، وإلا للزم عائشة رضي ا   عنها الإثم ـ وحاشاها من ذلك ـ ؛ إذ تأدية فرض المولى سبحانه مقدم على حاجة النبي صلى ا   عليه وسلم ـ هذا لو كان سبب تأخيرها هو هذا ـ فقضاء الفرض أمر موسع ما لم يتضيق تأديته .

وقد اسـتدل الفريق الأول كذلك لوجوب الفـدية بحديث مرفوع وبعض الموقوفات ، فعن أبي هريرة رضي ا   عنه أن النبي صلى ا   عليه وسلم قـال في رجل أفطر في شـهر رمضان من مرض ثم صح ، ولم يصم حتى أدركـه رمضان آخر ، قال : يصـوم الذي أدركه ، ثم يصوم الشـهر الذي أفطر فيه ، ويطعم مكان كل يوم مسكينا[3] ، ولكن هـذا الحديث لا يصح الاستدلال به ؛ للضعف البين في سنده ، بشهادة المستدلون به أنفسهم[4] .

وإذا كان قد صح عن بعض الصحابة ـ كأبي هريرة ، وابن عمـر ، وابن عباس ـ رضي ا   عنهم لزوم الفدية مع القضـاء ، فقد صح عن بعضهم ـ كابن عمر أيضا ـ لزوم الفدية دون القضاء[5] ، وعن بعضهم لزوم القضاء ولم يذكر فدية . يقول ابن حزم : روينا عن ابن عمر من طريق صحيحة : أنه يصوم رمضان الآخر ولا يقضي الأول بصيام ، لكن يطعم عنه مكان كل يوم مسكينا مدا مدا . وبه يقول أبو قتادة وعكرمة . وروينا عنه أيضا : يهدي مكان كل رمضان فرط في قضائه بدنة مقلدة . وروينا من طريق ابن مسعود : يصوم هـذا ويقضي الأول ولم يذكر طعـاما . وهو قـول إبراهيم النخعي والحسـن

---

(١) المحلى ٣٩٤/٦ .

(٢) فتح الباري ٤ / ١٩١ . مع مراعاة أن تأخيرها رضي ا   عنها لم يبلغ رمضان التالي .

(٣) سنن الدارقطني ، كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم ، رقم ٨٩ في الباب .

(٤) المجموع ٦ / ٣٨٥ ـ المغني ٣ / ٤٠ .

(٥) الدارقطني ، الموضع السابق ، رقم ٦٨ ، ٨٥ في الباب .

وطاووس وحمـاد بن أبي سليمان . فعهدنا بهم يقولون فيمـا وافقهم من قـول الصاحب مثل هذا لا يقال بالرأي ، فهلا قالوه في قول ابن عمر في البدنتين[1] .

(١) المحلى ٦ / ٣٩٥ والذي رواه عن ابن عمر رضي ا عنه في بدنة وليس بدنتين .

تقــادم الحج

اختلاف الفقهـاء في كون الحج هل يجب متراخيا أم على الفـور ؟ . فقد ذهب محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة[١] ، والقـول الآخر للمالكية[٢] ، ومذهب الشافعية[٣]، والأصح عند الإباضية[٤]، إلى أن الحج يجب على مستطيعه متراخيا ، بحيث يجوز له تأخير أدائه ـ مع استطاعته ـ عاما بعد عام . وقد استدل هذا الفريق لرأيه بالأدلة الآتية :

أدلـة التراخـي

(١) إن النبي صلى ا عليه وسلم لم يحج إلا في سنة عشر[٥] ، وكان الحج قد فرض قبـل ذلك ، فدل تأخيره صلى ا عليـه وسلم أداء الحج على وجوبه متراخيا . وقد تعددت الأقـوال في سنة فرض الحج :

١ ـ فذهب بعضهم إلى أنه كـان مفروضا في مكة لقوله تعالى وَأَذِن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ [٦] ، على أن يكون الخطاب فيهـا لرسول ا صلى ا عليه

---

(١) بدائع الصنائع ١١٩/٢ ، ١٢٠ ـ المبسوط ١٦٣/٤ : ١٦٥ ـ فتح القـدير ٢ / ٤١١ : ٤١٣ ـ العناية ٢/ ٤١١ : ٤١٤ ـ البحر الرائق ٣٣٣/٢ ، ٣٣٤ ـ تبيين الحقائق ٢/٢ ، ٣ .

(٢) الشرح الكبير ٢/٢ ، ٣ ـ حاشية الدسوقي ٢/٢ ، ٣ ـ مواهب الجليـل ٢ / ٤٧١ : ٤٧٤ ـ أحكام القرآن لابن العربي ٣٧٦/١ ، دار الفكـر ببيروت ، طبعة أولى بدون تـاريخ ـ المنتقـى للباجي ٢/ ٢٦٨ ، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة ثانية بدون تاريخ ـ منح الجليل لعليش ١٨٦/٢، ١٨٧ .

(٣) الأم ١٢٨/٢ ، ١٢٩ المجموع ٨٥/٧ : ٩٢ الروضة للنووي ٣٣/٣ ، ٣٤ المكتب الإسلامي ببيروت ، طبعة ثانية ١٤٠٥هـ ـ مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٠٦/٢ ، ٢٠٧ دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م .

(٤) شرح النيل ١٥/٤ : ١٧ .

(٥) يقول جابر رضي ا عنه في حديثه الطويل : '' إن رسول ا صلى ا عليه وسلم مكث تسع سنين لم يحج ، ثم أذّن في النـاس في العاشرة أن رسـول ا صلى ا عليه وسـلم حـاج ... '' مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى ا عليه وسلم .

(٦) الحج : ٢٧ .

وسلم ، أو أنه لسيدنا إبراهيم عليـه السلام ـ وهو ما عليه الجمهور ـ وأن شرعه عليه السلام شرع لنا[١] .

ويمكن الجواب على هذا بقول الجصاص : (وهذه الآية[٢] تدل على أن فرض الحج كـان في ذلك الوقت[٣] ؛ لأن الله تعالى أمر إبراهيم بدعاء الناس إلى الحج وأمره كان على الوجوب ، وجائز أن يكون وجوب الحج باقيـا إلى أن بعث النبي صلى الله عليه وسلم وجائز أن يكون نسخ على لسـان بعض الأنبيـاء ، إلا أنه قد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم { حج قبـل الهجرة حجتين ، وحج بعد الهجرة حجة الوداع }[٤] .

وقد كان أهل الجاهلية يحجون على تخاليط وأشياء قد أدخلوها في الحج ويلبون تلبية الشـرك ، فإن كان فرض الحج الذي أمر الله به إبراهيم في زمن إبراهيم عليه السلام باقيـا حتى بعث النبي صلى الله عليه وسلم فقـد حج النبي صلى الله عليه وسلم حجتين بعدما بعثه قبل الهجرة والأولى فيهما هي الفرض ، وإن كان فرض الحج منسوخا على لسان بعض الأنبياء فإن الله تعالى قد فرضه في التنزيل بقوله : ﴿ وَلِلهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾[٥] وقيل

---

(١) تفسير القرطبي ص ٤٤٣٠ ـ طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ ـ في تفسير قوله تعالى ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ ﴾ ، ص ١٣٨٦ في تفسير قوله تعالى ﴿ وَلِلهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ ، وانظر ص ٤٣٩٣ حيث الخلاف في مكية أو مدنية سورة الحج . وانظر أيضا في تفسير الآية نفسها :

ـ زاد المسير لابن الجوزي ٤٢٣/٥ ، ٤٢٤ المكتب الإسلامي ببيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ .

ـ أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٣٤٢ ، ٣٤٣ دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة سنة ١٤١٢هـ .

ـ أضواء البيان للشنقيطي ٥ / ٦٧ ، طبعة السلفيين بالإسكندرية ، طبعة سنة ١٤٠٠هـ .

(٢) أي قولـه تعـالى : ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ﴾ الحج : ٢٧ .

(٣) أي الفترة التي بعث فيها سيدنا إبراهيم عليه السلام .

(٤) الترمذي ، كتاب الحج عن رسول الله ، باب ما جاء كم حج النبي .

(٥) آل عمران : ٩٧ .

إنها نزلت في سنة تسع ، وروي أنها نزلت في سنة عشر ، وهي السنة التي حج فيهـا النبي صلى ا عليه وسلم وهذا أشبه بالصحة ؛ لأنا لا نظن بالنبي صلى ا عليه وسلم تأخير الحج المفروض عن وقته المأمور فيه ؛ إذ كان النبي صلى ا عليه وسلم من أشـد الناس مسارعة إلى أمر ا وأسبقهم إلى أداء فروضه ، ووصف ا تعـالى الأنبياء السالفين فأثنى عليهم بمسابقتهم إلى الخيرات بقوله تعـالى : كَانُوا يسارعونَ فِي الخَيراتِ ويدعونَنـَا رغَبا ورهبا وكَانُوا لَنَـا خَاشِعِين [1] فلم يكن النبي صلى ا عليه وسلم ليتخاف عن منزلة الأنبيـاء المتقدمين في المسابقة إلى الخيرات ، بل كان حظه منها أوفى من حظ كل أحد ، لفضله عليهم وعلو منزلته في درجات النبوة، فغير جائز أن يظن به تأخير الحج عن وقت وجوبه)[2] .

ومما ورد في هذا الشـأن أيضا ما جاء في البخاري : (حدثنا عمرو بن خالد حدثنا زهير حدثنا أبو إسحاق قال حدثني زيد بن أرقم '' أن النبي صلى ا عليه وسلم غزا تسع عشرة غزوة ، وأنه حج بعدما هاجر حجة واحدة لم يحج بعدها : حجة الوداع ''. قال أبو إسحاق : وبمكة أخرى)[3] .

يقول ابن حجر: '' قوله (قال أبو إسحاق : وبمكة أخرى) هو موصول بالإسناد المذكور ، وغرض أبي إسحاق أن لقوله '' بعد ما هاجر '' مفهوما ، وأنه قبل أن يهاجر كان قد حج ، لكن اقتصاره على قوله أخرى قد يوهم أنه لم يحج قبل الهجرة إلا واحدة ، وليس كذلك بل حج قبل أن يهاجر مرارا ، بل الذي لا أرتاب فيه أنه لم يترك الحج وهو بمكة قط؛ لأن قريشا في الجاهلية لم يكونوا يتركون الحج ، وإنمـا يتأخر منهم عنه من لم يكن بمكة أو عاقه ضعف ، وإذا كانوا وهم على غير دين يحرصون على إقامة الحج ويرونه من مفاخرهم التي امتازوا بهـا على غيرهم من العرب فكيف يظن بالنبي صلى ا عليه وسلم أنه

---

(١) الأنبياء : ٩٠ .

(٢) أحكام القرآن ٣ / ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

(٣) البخاري ، كتاب المغازي ، باب حجة الوداع .

يتركه ؟!. وقد ثبت من حديث جبير بن مطعم أنه رآه في الجاهلية واقفا بعرفة ، وأن ذلك من توفيق ا له[1] ، وثبت دعاؤه قبائل العرب إلى الإسلام بمنى ثلاث سنين متوالية[2] ،،[3] .

وليس معنى أن ابن حجر قد أثبت حج النبي صلى ا عليه وسلم قبـل الهجرة أنه يقـول بأن الحج قد فرض قبـل الهجرة ، فقد وصف هـذا القول بالشذوذ[4] .

يبقى أن نحدد الشاهد من كلام الجصاص وابن حجر، وهو أن من يقول بالفـور إذا سلم لمن يقول بالتراخي بأن الحج قد فرض قبل الهجرة ، وأن النبي صلى ا عليه وسلم قد أدى فرض الحج في العام العاشر كما هو معلوم وثابت، إذا سلموا لهم بهذا فوجهه هو أن حجه صلى ا عليه وسلم قبل الهجرة كان هو الفرض ، فلم يكـن ثم تأخيـر منه صلى ا عليـه وسلم ، وكما أنهم ـ أهل التراخي ـ قد قالوا بأن الحج قد فرض قبـل الهجرة فعليهم أن يثبتوا أن حجـه الأول صلى ا عليه وسلم قبل الهجرة لم يكن هو الفرض .

---

(١) حديث جبير أخرجه :

البخاري ، كتاب الحج ، باب الوقوف بعرفة .

مسلم ، كتاب الحج ، باب في الوقوف .

(٢) ثبت عن جابر رضي ا عنه قال : مكث رسول ا صلى ا عليه وسلم بمكة عشر سنين يتبع الناس في منازلهم بعكاظ ومجنة وفي المواسم بمنى ، يقول من يؤويني من ينصرني حتى أبلغ رسالة ربي وله الجنة ، حتى إن الرجل ليخرج من اليمن أو من مضر ـ كذا قال ـ فيأتيه قومه فيقولون احذر غلام قريش لا يفتنك ، ويمشي بين رجالهم وهم يشيرون إليه بالأصابع، حتى بعثنا ا إليه من يثرب فآويناه وصدقناه ، فيخرج الرجل منا فيؤمن به ويقرئه القرآن ، فينقلب إلى أهلـه فيـسلمون بإسلامه ، حتى لم يبق دار من دور الأنصار إلا وفيها رهط من المـسلمين يظهـرون الإسـلام .. مسند أحمد ، باقي مسند المكثرين ، مسند جابر بن عبد ا . والحديث صحيح ، انظر فتح البـاري ٧ / ٢٢٢ .

(٣) فتح الباري ٨ / ١٠٧ .

(٤) السابق ٣ / ٣٧٨ .

٢ ـ وقيل إنه فرض سنة ثلاث، يقـول القرطبي في قوله تعالى ﴿ وللهِ علَى الناسِ حِجّ البيتِ من استَطَاع إِلَيهِ سبِيلا ﴾ [(١)] : هـذه الآية نزلت عام أحـد بالمدينة سنة ثلاث من الهجرة ، ولم يحج رسـول الله صلى الله عليه وسلم إلى سـنة عشر[(٢)] .

وهذا القول لم يذكر له دليلا ، ولذا فإن غيره يرى أنهـا آخر آية نزلت بالمدينة[(٣)] ، وسيأتي بعد قليل التدليل على تأخر نزولها .

٣ ـ كما ذكرأنه فرض سنة خمس؛ وذلك لحديث ضمام بن ثعلبة رضي الله عنـه ، فعن محمد بن الوليد بن نويفع عن كريب مولى عبد الله بن عباس عن عبد الله بن عباس قال : بعثت بنو سعد بن بكر ضمام بن ثعلبة وافدا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقـدم عليه وأناخ بعيره على باب المسجد ثم عقله ثم دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس في أصحابه ، وكان ضمام رجلا جلدا أشعر ذا غديرتين ، فأقبل حتى وقف على رسول الله صلى الله عليه وسلم في أصحابه ، فقال أيكم ابن عبد المطلب ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ابن عبد المطلب . قال محمد ؟ قال نعم . فقال : ابن عبد المطلب إني سائلك ومغلظ في المسألة فلا تجدن في نفسك . قال لا أجد في نفسي ، فسل عما بدا لك .

قال أنشدك الله إلهك وإله من كان قبلك وإله من هو كائن بعدك آلله بعثك إلينـا رسولا ؟ فقال اللهم نعم . قال فأنشدك الله إلهك وإله من كان قبلك وإله من هو كائن بعدك ، آلله أمرك أن تأمرنا أن نعبده وحـده لا نشرك به شيئا ، وأن نخلع هذه الأنداد التي كانت آباؤنا يعبدون معه ؟ قال اللهم نعم . قال فأنشدك الله إلهك وإله من كان قبلك وإله من هـو كائن بعدك ، آلله أمرك أن نصلي هـذه الصلوات الخمس ؟. قال اللهم نعم .

---

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) القرطبي ص ١٣٨٦ .

(٣) الجصاص ٢ / ١٢٦ وقد نقل هذا القول عن يحيى بن آدم .

قال ثم جعل يذكر فرائض الإسلام فريضة فريضة الزكاة والصيام والحج وشرائع الإسلام كلها ، يناشده عند كل فريضة كما يناشده في التي قبلها . حتى إذا فرغ قال فإني أشـهد أن لا إله إلا ا وأشـهد أن سيدنا محمدا رسول ا ، وسأؤدي هـذه الفرائض وأجتنب ما نهيتني عنه ثم لا أزيد ولا أنقص . قال ثم انصرف راجعا إلى بعيره . فقال رسول ا صلى ا عليه وسلم حين ولى : إن يصدق ذو العقيصتين يدخل الجنـة . قال فأتى إلى بعيره فأطلق عقاله ثم خرج حتى قدم على قومه ، فاجتمعوا إليـه فكان أول ما تكلم به أن قال بئست اللات والعزى . قالوا مه يا ضمام اتق البرص والجذام ، اتق الجنون . قال ويلكم إنهما وا لا يضران ولا ينفعان ، إن ا عز وجل قد بعث رسولا وأنزل عليه كتابا استنقذكم به مما كنتم فيه ، وإني أشهد أن لا إله إلا ا وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله . إني قد جئتكم من عنده بما أمركم به ونهاكم عنه . قـال فوا ما أمسى من ذلك اليوم وفي حاضره رجل ولا امرأة إلا مسلما . قال يقول ابن عباس : فما سمعنا بوافد قوم كان أفضل من ضمام بن ثعلبة[١] .

يقول الباجي : وإنما ورد عليه في سنة خمس ، ثم أخر النبي صلى ا عليه وسلم إلى سنة عشر[٢] . ويقول ابن الجوزي : وقد رواه شريك عن كريب فقال فيه : بعثت بنو سعد ضماما في رجب سنة خمس[٣] .

وما ذكره الباجي وغيره إنما هي أقوال يعوزها الدليـل ، وسيأتي كلام ابن حجر في القول السابع والأخير[٤] في التدليل على أن ضماما رضي ا عنه قد قدم في السـنة التاسعة من الهجرة ، وقد علـق ابن الهمام على حديث ضمام

---

(١) البخاري ومسلم واللفظ لأحمد :

- البخاري ، كتاب العلم ، باب ما جاء في العلم .

- مسلم ، كتاب الإيمان ، باب السؤال عن أركان الإسلام .

- مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد ا بن العباس ، رقم ٢٢٦٠ .

(٢) المنتقى ٢ / ٢٦٨ .

(٣) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ ، وانظر : فتح الباري ٣ / ٣٧٨ ، المجموع ٧ / ٨٩

(٤) انظر ص ٢٩١ .

رضي الله عنه بقوله : حديث ابن عباس رضي الله عنه قد رواه أحمد[1] ، وليس فيه ذكر تاريخ ، وأما بالتاريخ المذكور فإنما وجدت معضلة في ابن الجوزي[2]، قال صاحب التنقيح : لا أعرف لها سندا[3].

٤ ـ كما ذكر أيضا أن الحج قد فرض سنة ست، يقول النووي: (استدل أصحابنا له بحديث كعب بن عجرة قال : وقف علي رسـول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية ، ورأسي يتهافت قملا ، فقـال : يؤذيك هوامك ؟ قلت : نعم يا رسول الله . قال أبو داود : فقال : قد آذاك هوام رأسك ؟ قال : نعم . قال فاحلق رأسك قال: ففي نزلت هذه الآية : ﴿ فَمن كان مِنكُم مريضاً أو بِهِ أذًى من رأْسِهِ فَفِديةٌ ﴾[4] إلى آخره . رواه البخاري ومسلم[5] .

قـال أصحابنا : فثبت بهذا الحديث أن قوله تعـالى : ﴿ وَأَتِمـوا الحج والْعمرةَ لِلهِ فَإِن أُحصِرتُم فَما استَيسر مِن الهدي ولاَ تَحلِقُوا رءوسكُم حتى يبلُغَ الهدي محِله فَمن كان مِنكُم مريضا أو بِهِ أذًى من رأْسِهِ ﴾[6]إلى آخرها نزلت سنة ست من الهجرة، وهـذه الآية دالة على وجوب الحج ، ونزل بعدها قوله تعالى : ﴿ وَأَقِيموا الصلاةَ وآتُوا الزكَاةَ ﴾ . وقد أجمع المسلمون على أن الحديبية كانت سنة ست من الهجرة في ذي القعدة)[7] .

ويصف ابن حجر القول بأن الحج قد فرض في السنة السادسة بأنه قول الجمهور ، يقول : اختلف في سنته ، فالجمهور على أنها سنة ست ؛ لأنها نزل فيها قوله تعالى ﴿ وَأَتِموا الحج والْعمرةَ لِلهِ ﴾ ، وهذا ينبني على أن المراد بالإتمام

---

(١) مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد الله بن العباس ، رقم ٢٢٦٠ .

(٢) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ .

(٣) فتح القدير ٢ / ٤١٤ .

(٤) البقرة : ١٩٦ .

(٥) البخاري ، كتاب المغازي ، باب غزوة الحديبية .

مسلم ، كتاب الحج ، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى .

(٦) البقرة : ١٩٦ .

(٧) المجموع ٧ / ٨٧ ، ٨٨ .

ابتداء الفرض ، ويؤيده قراءة علقمة ومسروق وإبراهيم النخعي بلفظ (وأقيموا) ، أخرجه الطبري بأسـانيد صحيحة عنهم . وقيـل المراد بالإتمام الإكمال بعـد الشروع ، وهذا يقتضي تقدم فرضه قبل ذلك[1] .

ويقول القرطبي : اختلف العلماء في المعنى المراد بإتمام الحج والعمرة ، فقيل أداؤهما والإتيـان بهما كقوله فَأَتَمهن [2] وقوله ثُم أَتِموا الصيام إِلَى الليل [3] أي ائتوا بالصيام ، وهذا على مذهب من أوجب العمرة ، ومن لم يوجبها قال المراد تمامهما بعد الشروع فيهما ، فإن من أحرم بنسك وجب عليه المضي فيه ولا يفسخه .... إلى آخر ما ذكره من أقوال[4] .

ولا يسلم للقول الأول الذي أورده القرطبي فيما ذكره من أن الإتمام يعني طلب الشروع في الأمر بدءا ؛ فإتمام سيدنا إبراهيم عليه السـلام للكلمات التي ابتلاه بها ربه سبحانه معناه أنه عليه السلام قد استوفاها جميعها ، وأتى بها غير منقوصة[5] ، وحتى لو جـاءت الصيغة بالأمر ـ أتمم مثلا ـ وليس الماضـي فالحال لن يتغير ، ولو سلمنا أن الفعل أتمم يفيد وجوب الإتيان بالأمر بدءا ، فإن دلالة الإتمام فيه هي الغالب بل المراد ، يتضح هذا جليا في المثال الثاني الذي ذكره القرطبي وهو قوله تعالى ثُم أَتِموا الصيام إِلَى الليل فإنه بيـان للغاية التي ينتهي عندها الصوم ، أما وجوب الصوم نفسـه فبما سبقه من قوله تعـالى يا أَيها الذِين آمنُوا كُتِب عليكُم الصيام [6]، وتحديد وقته من العام بقوله تعالى فَمن شَهِد مِنكُم الشهر فَلْيصمه [7] ، وكذا الآية التي نحن بصددها وأَتِموا

---

(1) فتح الباري ٣ / ٣٧٨ .

(2) البقرة : ١٢٤ .

(3) البقرة : ١٨٧ .

(4) القرطبي ص ٧٣٩ .

(5) عن ابن عباس رضي ا عنهما قال : ما ابتلي بهذا الدين أحد فقام به كله إلا إبراهيم . تفـسير ابن كثير ١ / ١٦٦ ، دار الفكر ـ بيروت ، طبعة سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

(6) البقرة : ١٨٣ .

(7) البقرة : ١٨٥ .

الحج والْعمرةَ ِللهِ   فإن ما ورد فيها من سبب نزولها من قصة كعب بن عجرة رضي ا   عنه وإحصار المسلمين بالحديبية يبين المراد من الإتمام ، وهو لزوم إكمالهما لمن شـرع فيهما ، وهـو ما فعله النبي صلى ا   عليه وسلم ـ عمرة القضاء ـ لقابل ، العام السابع للهجرة ، فلا تعرض لمبدأ الفرضية ، مثلهما في ذلك مثل من يشرع في صلاة نافلة يلزمه إتمامها .

كما أن ما ذكره ابن حجر من أن قراءة علقمة ومسروق وإبراهيم النخعي '' وأقيموا '' تؤيد أن المراد بالإتمام هـو ابتداء الفرض غير مسلم به أيضا ، لأن قراءة الجمهور هو لفظ الإتمام وليس الإقامة، ولا تعدو أن تكون هذه القراءة قراءة تفسيرية عند من يرى وجوب العمرة . ثم إن قوله تعالى   ولِلهِ علَى الناسِ حِج البيتِ من استَطَاع ِإلَيهِ سبِيلا   [1] الذي نزل بعد آية الإتمام ـ على ما سيأتي بيانه بعد قليل ـ الأولى حمله على التأسيس وليس التأكيد .

وكذلك فإن قوله (وقيل المراد بالإتمام الإكمال بعـد الشروع ، وهـذا يقتضي تقدم فرضه قبل ذلك) غير مسلم به أيضا ؛ لأنه لا يلزم من الإتمام تقدم فرضه ، وفيما ذكرناه من أن من يشرع في نافلة يلزمه إتمامها شاهد على ذلك ، كما أن سياق الآية إنما ورد في بيان حكم المحصر ، وليس في ابتداء الفرض ، يقول ابن تيمية : أصح القولين أن فرض الحج كان متأخرا ، ومن قال إنه فرض سنة ست فإنه احتج بآية الإتمام وهو غلط ؛ فإن الآية إنما أمر فيها بإتمامها لمن شـرع فيهما لم يأمر بابتداء الحج والعمرة ، والنبي صلى ا   عليه وسلم اعتمر عمرة الحديبية قبل أن تنزل هـذه الآية ولم يكن فرض عليه لا حج ولا عمرة ، ثم لما صده المشركون أنزل ا   هذه الآية فأمر فيها بإتمام الحج والعمرة وبين حكم المحصر الذي تعذر عليه الإتمام ، ولهذا اتفق الأئمة على أن الحج والعمرة يلزمان بالشروع فيجب إتمامهما[2] .

---

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) مجموع الفتاوى ٢٦ / ٧ .

٥ ـ كما قيل أيضا بأن الحج كان مفروضا سنة سبع ؛ فقد ذهب بعضهم إلى أن قدوم ضمام رضي ا عنه كان سنة سبع، يقول النووي : قدوم ضمام بن ثعلبة على النبي صلى ا عليه وسلم كان سنة خمس من الهجرة ، قاله محمد بن حبيب وآخرون ، وقال غيره سنة سبع ، وقال أبو عبيد سنة تسع . وقد صرح في هذا الحديث بوجوب الحج[١] .

ولكن سيأتي ذكر كلام ابن حجر في القول السابع والأخير[٢] في التدليل على أن قدوم ضمام رضي ا عنه كان سنة تسع .

٦ ـ كما قيل أيضا بأنه فرض في السـنة الثامنة ، يقول صاحب مغني المحتاج خلال ذكره للأقوال التي قيلت في سنة فرضه : '' وقيل في الثامنة ، حكاه في الأحكام السلطانية ''[٣] .

وما قاله الخطيب الشـربيني في المغني لم يسـق له دليلا ، فضلا على أنه بمراجعة الأحكـام السـلطانية للماوردي الشـافعي ـ وليس لأبي يعلى الحنبلي ـ نجد أن المثبت فيه هو السادسة وليس الثامنة[٤] .

---

(١) المجموع ٧ / ٨٨ .

(٢) انظر ص ٢٩١ .

(٣) مغني المحتاج ٢ / ٢٠٦ .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٢ ـ دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ ـ حيث يقول فيهـا عن البيت الحرام ما نصه: وأما أمنه في الإسلام ففي قوله سبحانه وتعالى ومن دخَلَه كان ءامِنا تأويلان أحدهما آمنا من النار، وهذا قول يحيى بن جعدة . والثاني آمنا من القتـل ، لأن ا تعـالى أوجب الإحرام على داخله وحظر عليه أن يدخله محلا. وقال أيضا رسول ا صلى ا عليه وسـلم حين دخل مكة عام الفتح حلالا :{ أحلت لي ساعة من نهار ولم تحل لأحد من قبلي ، ولا تحل لأحد من بعدي } . ثم قال : وللهِ علَى الناسِ حِج البيتِ من استَطَاع إِلَيهِ سبِيلا . فجعل حجه فرضـا بعد أن صار في الصلاة قبلة ، لأن استقبال الكعبة في الصلاة فرض في السنة الثانية من الهجـرة ، والحج فرض في السنة السادسة .

وقد تتبعت جميع اشتقاقات مادة ثمن في الكتاب فلم أقف فيه على ماذكره صاحب مغني المحتاج. كما تجدر الإشارة إلى أن صاحب مغني المحتاج قد ذكر عبارة (الأحكام السلطانية) أربع مـرات في كتابه صرح فيها بنسبة الكتاب للماوردي إلا الموضع الذي نحن بصدده .

٧ ـ والقول السابع والأخير هو أن الحج فرض سنة تسع ؛ لقوله تعالى ﴿ولِلهِ علَى الناسِ حِجُّ البيتِ من استَطَاع إِلَيهِ سبِيلا﴾ ، يقول الزيلعي : إنمـا وجب بقوله تعالى ﴿ولِلهِ علَى الناسِ حِجُّ البيتِ﴾ الآية ، وهي نزلت سنة تسع[1].

كما يسـتدل لذلك بترجيح قدوم ضمام بن ثعلبة رضي الله عنه سـنة تسع ، يقول ابن حجر : '' لم يذكر الحج في رواية شريك هذه[2] ، وقد ذكره مسلم[3] وغيره ، فقال موسى[1] في روايته : " وإن علينا حج البيت من استطاع

---

(١) تبيين الحقائق ٢ / ٣ .

(٢) أي رواية البخاري لحديث ضمام ، وهي : حدثنا عبد الله بن يوسف قال حدثنا الليث عن سـعيد هو المقبري عن شريك بن عبد الله بن أبي نمر أنه سمع أنس بن مالك يقول : بينما نحن جلوس مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد دخل رجل على جمل ، فأناخه في المسجد ثم عقله ، ثم قـال لهم أيكم محمد ؟. والنبي صلى الله عليه وسلم متكئ بين ظهرانيهم. فقلنا هذا الرجل الأبيض المتكئ. فقال له الرجل يا ابن عبد المطلب ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم قد أجبتك ، فقال الرجل للنبي صلى الله عليه وسلم إني سائلك فمشدد عليك في المسألة فلا تجد علي في نفسك ، فقال سل عما بـدا لك ، فقال أسألك بربك ورب من قبلك آلله أرسلك إلى الناس كلهم ؟. فقـال اللهم نعم . قال أنـشدك بالله ، آلله أمرك أن نصلي الصلوات الخمس في اليوم والليلة ؟. قال اللهم نعم . قال أنشدك بالله آلله أمرك أن نصوم هذا الشهر من السنة ؟. قال اللهم نعم . قال أنشدك بالله آلله أمرك أن تأخـذ هـذه الصدقة من أغنيائنا فتقسمها على فقرائنا ؟. فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم نعم . فقال الرجـل آمنت بما جئت به ، وأنا رسول من ورائي من قومي ، وأنا ضمام بن ثعلبة أخو بني سعد بن بكر . ورواه موسى بن إسماعيل وعلي بن عبد الحميد عن سليمان بن المغيرة عن ثابت عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم بهذا . البخاري ، كتاب العلم ، باب ما جاء في العلم .

(٣) ورواية مسلم هي : حدثني عمرو بن محمد بن بكير الناقد حدثنا هاشم بن القاسم أبـو النـضر حدثنا سليمان بن المغيرة عن ثابت عن أنس بن مالك قال : نهينا أن نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء ، فكان يعجبنا أن يجيء الرجل من أهل البادية العاقل فيسأله ونحن نـسمع ، فجـاء رجل من أهل البادية ، فقال يا محمد أتانا رسولك فزعم لنا أنك تزعم أن الله أرسلك . قال صـدق . قال فمن خلق السماء ؟ قال الله . قال فمن خلق الأرض ؟ قال الله . قال فمن نـصب هـذه الجبـال وجعل فيها ما جعل ؟ قال الله . قال فبالذي خلق السماء وخلق الأرض ونـصب هـذه الجبـال آلله أرسلك ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا خمس صلوات في يومنا وليلتنا . قال صـدق. قـال فبالذي أرسلك آلله أمرك بهذا ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا زكاة في أموالنا . قال صدق . قال فبالذي أرسلك آلله أمرك بهذا ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا صوم شهر رمضان فـي سنتنا . قال صدق . قال فبالذي أرسلك آلله أمرك بهذا ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا حـج

إليه سبيلا ؟ قال : صدق " ، وأخرجه مسلم أيضـا[٢] ، وهـو في حديث أبي هريرة وابن عباس[٣] أيضا .

وأغرب ابن التين فقال : إنما لم يذكره لأنه لم يكن فرض . وكأن الحامل له على ذلك ما جـزم به الواقدي ومحمد بن حبيب أن قدوم ضمام كان سـنة خمس ، فيكون قبل فرض الحج . لكنه غلط من أوجه :

أحدها أن في رواية مسلم[٤] أن قدومه كان بعد نزول النهي في القرآن عن سؤال الرسول ، وآية النهي في المائدة[٥] ونزولها متأخر جدا .

ثانيها أن إرسال الرسل إلى الدعاء إلى الإسلام إنمـا كان ابتداؤه بعد الحديبية ، ومعظمه بعد فتح مكة .

ثالثها أن في القصة أن قومه أوفدوه ، وإنما كـان معظم الوفود بعـد فتح مكـة .

رابعها في حديث ابن عباس أن قومه أطاعوه ودخلوا في الإسلام بعـد رجوعه إليهم ، ولم يدخل بنو سعد - وهو ابن بكر بن هوازن - في الإسلام إلا بعد وقعة حنين وكانت في شوال سنة ثمان .

البيت من استطاع إليه سبيلا . قال صدق . قال ثم ولى قال والذي بعثك بالحق لا أزيد علـيهن ولا أنقص منهن . فقـال النبي صلى ا عليه وسلم لئن صدق ليدخلن الجنة . مسلم ، كتاب الإيمـان ، باب السؤال عن أركان الإسلام .

(١) أي موسى بن إسماعيل ، وقد ذكر البخاري حديثه معلقا في نهاية الباب ، يقول ابن حجر : هو ابن إسماعيل أبو سلمة التبوذكي شيخ البخاري ، وحديثه موصول عند أبي عوانة في صحيحه، وعند ابن منده في الإيمان . فتح الباري ١ / ١٥٣ ، وانظر مسند أبي عوانة ١ / ١٥ ، ١٦ دار المعرفة ببيروت ، بدون تاريخ .

(٢) مسلم ، الموضع السابق .

(٣) رواية ابن عباس رضي ا عنهما عند أبي داود فبعد أن ساق رواية أنس رضي ا عنه ذكـر رواية ابن عباس رضي ا عنهما ـ كتاب الصـلاة ، باب ما جـاء في المشرك يدخل المسجد ـ وهي أيضا عند أحمد : مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد ا بن العباس ، رقم ٢٢٦٠ .

(٤) مسلم ، الموضع السابق .

(٥) قال تعالى يا أيها الذين ءامنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ... المائدة : ١٠١

فالصواب أن قدوم ضمام كان في سنة تسـع وبه جزم ابن إسحاق وأبو عبيدة وغيرهما . وغفل البدر الزركشي فقال : إنمـا لم يذكر الحج لأنه كـان معلوما عندهم في شـريعة إبراهيم انتهى . وكأنه لم يراجع صحيح مسلم فضلا عن غيره ،،[1] .

فجملة هـذا الدليل بأقواله السبع هي أن الحج فرض قبل سنة عشر ، والنبي صلى ا عليه وسلم ، وبعض أصحابه ، وأزواجه : لم يحجوا إلا سنة عشر ، وهي حجة الوداع ، فـدل ذلك على أن الحج يجب متراخيـا ، ولا يلـزم أداؤه فور عـام الاستطاعة . يقول الشافعي : نزلت فريضة الحج بعد الهجرة ، وأمر رسول ا صلى ا عليه وسلم أبا بكر على الحـاج ، وتخلف هو عن الحج بالمدينة بعـد منصرفه من تبوك لا محاربا ولا مشغولا ، وتخلف أكثر المسلمين قادرين على الحج وأزواج رسول ا صلى ا عليه وسلم ، ولو كان هذا كما تقولون لم يتخلف رسول ا صلى ا عليه وسلم عن فرض عليه ؛ لأنه لم يصل إلى الحج بعد فرض الحج إلا في حجة الإسلام التي يقال لها حجة الوداع ، ولم يدع مسلما يتخلف عن فرض ا تعالى عليه وهو قادر عليه، ومعهم ألوف كلهم قادر عليه لم يحج بعد فريضة الحج[2] .

ويقول النووي : احتج الشافعي والأصحاب بأن فريضة الحج نزلت بعد الهجرة ، وفتح رسول ا صلى ا عليه وسلم مكة في رمضان سنة ثمـان ، وانصرف عنها في شوال من سنته واستخلف عتاب بن أسيد ، فأقام الناس الحج سنة ثمان بأمر رسول ا صلى ا عليه وسلم ، وكان رسول ا صلى ا عليه وسلم مقيما بالمدينة هو وأزواجه وعامة أصحابه ، ثم غزا غزوة تبوك في سنة تسع ، وانصرف عنها قبل الحج. فبعث أبا بكر رضي ا عنه فأقام الناس الحج سنة تسع ، ورسـول ا صلى ا عليه وسلم هـو وأزواجه وعامة أصحابه

---

(١) فتح الباري ١ / ١٥٢ .

(٢) الأم ٢ / ١٢٩ .

قادرين على الحج غير مشتغلين بقتـال ولا غيره ، ثم حج النبي صلى ا   عليه وسلم بأزواجه وأصحابه كلهم سنة عشر ، فدل على جواز تأخيره[(١)] .

ويقول أيضا : ثبت بالأحاديث الصحيحة واتفاق العلماء أن النبي صلى ا   عليه وسلم غزا حنينا بعد فتح مكة ، وقسم غنائمها واعتمر من سنته في ذي القعدة ، وكان إحرامه بالعمرة من الجعرانة ، ولم يكن بقي بينه وبين الحج إلا أيام يسـيرة ، فلو كان على الفـور لم يرجع من مكة حتى يحج ، مع أنه هـو وأصحابه كانوا حينئذ موسرين ، فقد غنموا الغنائم الكثيرة ولا عذر لهم ولا قتال ولا شغل آخر ، وإنمـا أخره صلى ا   عليه وسلم عن سنة ثمان بيانا لجواز التأخير ، .....[(٢)] .

وقد يكون فرض الحج في العام التاسع قبل أشهر الحج ، وقد يكون بعد فوات الوقت[(٣)] ، وقد يكون في العام العاشر ، يقول ابن القيم : ولما نزل فرض الحج بادر رسول ا   صلى ا   عليه وسلم إلى الحج من غير تأخير ؛ فإن فرض الحج تأخرإلى سنة تسع أوعشر، وأما قوله تعالى   وَأَتِموا الحج والْعمرةَ ِللهِ [(٤)] فإنها وإن نزلت سنة ست عام الحديبية ، فليس فيهـا فرضية الحج ، وإنما فيها الأمر بإتمامه وإتمام العمرة بعـد الشروع فيهما ، وذلك لا يقتضي وجوب الابتداء ، فإن قيل فمن أين لكم تأخير نزول فرضه إلى التاسعة أو العاشرة ؟ . قيـل لأن صدر سورة آل عمران نزل عام الوفود ، وفيه قدم وفد نجران على رسول ا   صلى ا   عليه وسلم ، وصالحهم على أداء الجزية ، والجزية إنما نزلت عام تبوك سنة تسع، وفيها نزل صدرسورة آل عمران وناظرأهل الكتاب، ودعاهم إلى التوحيد والمباهلة ، ويدل عليه أن أهل مكة وجدوا في نفوسهم على ما فاتهم من التجـارة من المشركين لمـا أنزل ا   تعالى   يا َأيها الذِين ءامنُوا

---

(١) المجموع ٧/ ٨٧ .

(٢) السابق ٧ / ٨٨ ، وانظر شرح النيل ٤ / ١٥ .

(٣) تبيين الحقائق ٢ / ٣ .

(٤) البقرة : ١٩٦ .

إنما المشْرِكُون نَجس فَلاَ يقْربوا المسجِد الحرام بعد عامِهِم هذَا (١) فأعاضهم ا تعالى من ذلك بالجزية ، ونزول هـذه الآيات والمناداة بها ، إنما كان في سنة تسع، وبعث الصديق يؤذن بذلك في مكة في مواسم الحج ، وأردفه بعلي رضي ا عنه ، وهذا الذي ذكرناه قد قاله غير واحد من السلف . وا أعلم(٢) .

ثم على فرض أن النبـي صلى ا عليه وسلم وأزواجه وبعض أصحابه رضي ا عنهم ، قد أخروا الحج ، فهذا التأخير له أسبابه التي تخصه ، حتى إن النووي بعد أن ذكر أن التأخير كان لبيان جواز التراخي ـ وهو ما سنناقشه بعد قليل ـ عدد أسبابا أخرى له ، يقول : إنمـا أخره صلى ا عليه وسلم عن سنة ثمان بيانا لجواز التأخير، وليتكامل الإسلام والمسلمون ، فيحج بهم حجة الوداع، ويحضرها الخلق فيبلغوا عنه الناس ، ولهذا قال في حجة الوداع { ليبلغ الشاهد منكم الغائب ولتأخذوا عني مناسككم } ونزل فيها قوله تعالى اليوم أَكْملْتُ لَكُم دِينَكُم (٣) . قال أبو زرعة الرازي فيمـا رويناه عنه : حضر مع رسول ا صلى ا عليه وسلم حجة الوداع مائة ألف وأربعة عشر ألفا ، كلهم رآه وسمع منه . فهذا قول الإمام أبي زرعة الذي لم يحفظ أحد من حديث رسول ا صلى ا عليه وسلم كحفظه ، ولا ما يقاربه(٤) .

وبجانب ما ذكره النووي فقد عدد من يرى الفور الأعذار لهذا التأخير ، ويمكن الوقوف على أغلبها في أقوال بعض الفقهاء ، على أن الرابط بين هـذه الأقوال وغيرها ، هـو أنه لا يجوز في جنابه صلى ا عليه وسلم القـول بأنه يترك الأفضل اختيارا، ولا شك أن المسارعة إلى الحج هو الأفضل باتفاق الأمة خاصتها وعامتها .

---

(١) التوبة : ٢٨ .

(٢) زاد المعاد لابن االقيم ٢ / ١٠١ ، ١٠٢ مؤسسة الرسـالة ببيروت ، مكتبة المنار الإسـلامية بالكويت ، طبعة ثامنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

(٣) المائدة : ٣ .

(٤) المجموع ٧ / ٨٨ .

يقول السرخسي : فأما تأخير النبي صلى ا عليه وسلم ، فقد منع ذلك بعض مشايخنا رحمهم ا تعالى ، فقالوا نزول فريضة الحج بقوله تعالى ولِلهِ علَى الناسِ حِج البيتِ [١] ، وإنما نزلت هذه الآية في سنة عشر ، فأما النازل سنة ست فقوله تعالى وأَتِموا الحج والْعمرةَ لِلهِ [٢] ، وهذا أمر بالإتمام لمن شرع فيه فلا يثبت به ابتداء الفرضية ، مع أن التأخير إنمـا لا يحل لما فيه من التعريض للفوت ، ورسـول ا صلى ا عليه وسلم كان يأمن من ذلك ؛ لأنه مبعوث لبيان الأحكام للناس ، والحج من أركان الدين ، فأمن أن يموت قبـل أن يبينه للناس بفعله . ولأن تأخيره كان لعذر ، وذلك أن المشركين كانوا يطوفون بالبيت عراة ويلبون تلبية فيهـا شرك ، وما كان التغيير ممكنا للعهد ، حتى إذا تمت المدة بعث عليا رضي ا تعالى عنه حتى قرأ عليهم سورة براءة ، ونادى أن لا يطوفن بهـذا البيت بعد هـذا العام مشرك ولا عريان ، ثم حج بنفسه . ومن ذلك أنه كان لا يستطيع الخروج وحده بل يحتاج إلى أصحابه يكونون معه، ولم يكن متمكنا من تحصيل كفاية كل واحد منهم ليخرجوا معه فلهذا أخره ، أو كان للنسيء الذي كان يفعله أهل الجاهلية[٣] .

ويقول الكاساني : وأما تأخير رسول ا صلى ا عليه وسلم الحج عن أول أوقات الإمكان فقد قيـل إنه كان لعذر له ، ولا كلام في حـال العذر ، يدل عليـه أنه لا خلاف في أن التعجيل أفضـل ، والرسول صلى ا عليه وسلم لا يترك الأفضل إلا لعذر على أن المانع من التأخير هو احتمال الفوات ، ولم يكن في تأخيره ذلك فوات لعلمه من طريق الوحي أنه يحج قبل موته قال ا تعالى : لَقَد صدقَ الله رسـولَه الرؤْيا بِالْحق لَتَدخُلُن المسجِد الحرام إِن شَـاء الله ءامِنِين [٤] . والثنيا للتيمن والتبرك ، أو لما أن ا تعالى خاطب الجماعة وقد

---

(١) المائدة : ٩٧ .

(٢) البقرة : ١٩٦ .

(٣) المبسوط ٤ / ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٤) الفتح : ٢٧ .

علم أن بعضهم يموت قبل الدخول[1] .

ويقول ابن الجوزي : فعن تأخير رسول ا صلى ا عليه وسلم جوابان أحدهما أن ا تعالى أعلم نبيـه صلى ا عليه وسلم أنه لا يموت حتى يحج ، وكان على يقين من الإدراك . قاله أبو زيد الحنفي . والثاني أنه أخره لعذر ، وقد كانت خمسـة أعذار : أحدها الفقر ، والثاني الخوف على نفسـه ، والثالث الخوف على المدينة من المشركين واليهود، والرابع أن يكون رأى تقديم الجهاد، والخامس غلبة المشركين على مكة وكونهم يحجون ويظهرون الشرك ولا يمكنه الإنكار عليهم .

فإن قيل فكيف أخره بعد الفتح فجوابه من وجهين : أحدهما أنه لم يؤمر بمنع حجاج المشركين ، فلو حج لاختلاط الكفـار بالمسلمين فكان ذلك كالعذر ، فلما أمر بمنع المشركين من الحج بعث أبا بكر في سنة تسع ، فنادى أن لا يحج بعد العام مشرك ، ثم حج عند زوال ما يكره . والثاني أن يكون أخر الحج لئلا يقع في ذي الحجة من جهـة النسيء الذي كانت العرب تستعمله ، حتى ندب التحريم على جميع الشهور ، فوافقت حجة أبي بكر ذا القعدة ، ثم حج رسول ا صلى ا عليه وسلم في ذي الحجة[2] .

وأخيرا يقول ابن قدامة : فيحتمل أنه كان له عذر ، من عدم الاستطاعة، أو كره رؤية المشركين عراة حول البيت ، فأخر الحج حتى بعث أبا بكر ينادي: أن { لا يحج بعد العام مشرك ، ولا يطوف بالبيت عريان } . ويحتمل أنه أخره بأمر ا تعالى لتكون حجته حجـة الوداع في السنة التي استدار فيهـا الزمان كهيئته يـوم خلق ا السموات والأرض ويصادف وقفته الجمعة ، ويكمـل ا دينه . ويقال : إنه اجتمع يومئذ أعياد أهل كل دين ، ولم يجتمع قبله ولا بعده[3].

---

(١) بدائع الصنائع ٢ / ١٢٠ .

(٢) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ .

(٣) المغني ٣ / ١٠٠ .

(٢) والدليل الثاني لمن يقول بالتراخي هـو أن المولى سبحانه فرض الحج دون تقييده بالفور ، يقول الكاساني : وجه قول محمد أن ا تعـالى فرض الحج في وقت مطلقا ؛ لأن قوله تعالى وَلِلهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا [١] مطلق عن الوقت ثم بين وقت الحج بقوله عز وجل الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ [٢] ، أي وقت الحج أشهر معلومات ، فصار المفروض هـو الحج في أشهر الحج مطلقا من العمر، فتقييده بالفور تقييد المطلق، ولا يجوز إلا بدليل[٣] .

ولكن عند استعراض أدلة من يرى الفور بعد ذلك ، سوف يتبين أن الأمر بالحج مقيد بالفور بهذه الأدلة ، كما أنها تنفي أن يكون تأخير النبي صلى ا عليه وسلم الحج كان لبيان جواز التراخي ، فتأخيره صلى ا عليه وسلم كان لعذر مما سبق ذكره أو غير ذلك من أعذار .

(٣) كما استدلوا بما ثبت في الصحيحين وغيرهما ، من قوله صلى ا عليـه وسلم : لو أني استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسـق الهدي وجعلتها عمرة ، فمن كان منكم ليس معـه هدي فليحل وليجعلها عمرة . يقول النووي : وهـذا صريح في جواز تأخير الحج مع التمكن[٤] .

وقد أجاب من يرى الفور على هـذا بأنه ليس تأخيرا من عام لآخـر ، وإنما هو تأخير في العام نفسـه ، بتقديم العمرة على الحج ، وهـذا ليس محل الخلاف في المسألة .

(٤) واستدلوا أيضـا بقوله صلى ا عليه وسلم : من أحب أن يرجع بعمرة قبل الحج فليفعل[٥] .

---

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) البقرة : ١٩٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ .

(٤) المجموع ٧ / ٨٩ .

(٥) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ .

وقد أجاب ابن الجوزي عليه قوله : وهذا حديث لا يعرف ، وإنما الذي روي '' من أحب أن يبدأ بعمرة قبل الحج فليفعل ''. وهذا هو التمتع(١) .

(٥) ومن أدلتهم أيضـا ما ثبت عن ابن عباس رضي ا عنهما قال : قال النبي صلى ا عليه وسلم (لا تسـافر المرأة إلا مع ذي محرم ، ولا يدخل عليهـا رجل إلا ومعها محرم. فقال رجل : يا رسول ا إني أريد أن أخرج في جيش كذا وكذا ، وامرأتي تريد الحج ؟. فقال اخرج معها)(٢) .

يقول ابن المنَير : الظاهر أن ذلك كان في حجة الوداع ، فيؤخذ منه أن الحج على التراخي ؛ إذ لو كان على الفـور لما تأخر الرجل مع رفقته الذيـن عينوا في تلك الغزاة(٣) .

وقد أجاب ابن حجر عليـه بقوله : '' ليس ما ذكره بلازم ؛ لاحتمال أن يكونوا قد حجوا قبل ذلك مع من حج في سنة تسع مع أبي بكر الصديق ، أو أن الجهاد قد تعين على المذكورين بتعيين الإمام ، كما لو نزل عدو بقوم فإنه يتعين عليهم الجهاد ويتأخر الحج اتفاقا ''(٤) .

وإذا كان ابن المنير قد استدل للتراخي بالنظـر إلى حال هؤلاء الغزاة الذين قدموا الغزو على الحج كما قال ، فإنه يمكن الاستدلال للفور بالنظر إلى حال المرأة ؛ حيث لم يرجئ النبي صلى ا عليه وسلم حجها لعام آخر ، ولا يعترض بأن النبي صلى ا عليـه وسلم قد أذن للرجل بمرافقة امرأته خشـية شهادته ، فتفقد المرأة محرمها فلا تستطيع الحج بعد ذلك ، أي جاء الإذن بسبب ذلك وليس لأجل كون الحج على الفور : لا يعترض بهذا لأنه يلزم إثبات أن هذه المرأة لم يكن لها محرم سوى زوجها . ولذا فقد يكون إذنه صلى ا عليه وسلم

(١) السابق ٢ / ١١٩ .

(٢) البخاري ، كتاب جزاء الصيد ، باب حج النساء .

(٣) فتح الباري ٤ / ٧٧ .

(٤) السابق ٤ / ٧٧ .

للرجل بالتخلف عن الغزو هو أن الكفاية قد حصلت بغيره ، ولم يكن ثم مسوغ لتأخير المرأة الحج الذي قدمه النبي صلى ا عليه وسلم على غزو الرجل .

(٦) كما يمكن الاستدلال بما ثبت أيضـا عن ابن عباس رضي ا عنهما قال : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم لامرأة من الأنصار : ما منعك أن تحجي معنـا ؟. قالت : كان لنـا ناضح ، فركبه أبو فلان وابنه ـ لزوجها وابنها ـ وترك ناضحا ننضح عليه . قال : فإذا كان رمضان اعتمري فيه ؛ فإن عمرة في رمضان حجة[1] .

فحال هذه المرأة لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن تكون قد أدت فرض الحج أو لم تؤده :

فالأول أن تكـون المرأة قد حجت قبـل ذلك ـ أي قبل حجة الوداع ـ ويكون حجها هـو حج الفرض ، وهـذا يعني أن الحج قد فرض قبل العاشرة وأخره النبي صلى ا عليه وسلم للعاشرة لبيان جواز التأخير .

والاحتمال الآخـر هو أن تكون المرأة لم تكـن قد حجت بعد ـ أو أنها حجت قبل العاشرة ولكن على سبيل عدم الفرضية ـ وأن الحج لم يزل مكتوبا عليها ، وبرغم هذا فإن النبي صلى ا عليه وسلم أرشدها للعمرة في رمضان ، ولو كان الحج واجبا على الفور لأمرها به بعـد العمرة في رمضان أو جاء به الأمر مستقلا .

يقول ابن حجر : '' قال ابن بطال : فيه دليل على أن الحج الذي ندبها إليه كان تطوعا ؛ لإجماع الأمة على أن العمرة لا تجزئ عن حجة الفريضة . وتعقبه ابن المنيـر بأن الحجة المذكورة هي حجـة الوداع . قال : وكانت أول حجة في الإسلام فرضا ؛ لأن حج أبي بكر كان إنذارا . قال : فعلى هذا يستحيل أن تكون تلك المرأة كانت قامت بوظيفة الحج . قلت : وما قاله غير مسلم ؛ إذ لا مانع أن تكون حجت مع أبي بكر وسقط عنهـا الفرض بذلك ، لكنه بنى على

---

(١) البخاري ، كتاب العمرة ، باب عمرة في رمضان .

أن الحج إنما فرض في السنة العاشرة حتى يسلم مما يرد على مذهبه من القول بأن الحج على الفور[1] ،،[2] .

ولعل القول بأن هذه المرأة رضي ا عنها كانت قد حجت الفريضة قبل حجة الوداع هو الراجح ؛ لأن النبي صلى ا عليه وسلم قد أرشدها للعمرة التي تعدل حجة في ثوابها ، ولو كانت لم تحج لأمرها بأداء الحج[3]. فيبقى للاستدلال للتراخي بأنه صلى ا عليه وسلم قد أخر الحج للعاشرة ، ولكن قد سـبق قريبا بيان الأعذار التي قد تكون سببا في هذا التأخير ، ومحل الخلاف في المسألة هو عند عدم العذر .

(٧) واستدلوا أيضا بأن النبي صلى ا عليه وسلم قدم عمرة القضاء وأخر الحج[4] ، ولو كان الحج واجبا على الفور لقدمه صلى ا عليه وسلم على العمرة .

وكما هـو معلوم أن عمرة القضاء كانت في العام السـابع ، وقد سبق توهين دليل من قال بأن الحج قد وجب في السنة السادسة وكذا السابعة ، ثم على فرض أن الحج كان واجبـا من العام السادس ، فقد ذكرنا ضمن الأعذار كراهة مخالطة النبي صلى ا عليه وسلم المشركين في النسك ، خاصة أنهـم كانوا يؤدونه عراة ، بخلاف العمرة التي يمكن تجنب مثل هذا أثناء تأديتها ، وهذا كله على فرض أن المشركين كانوا لا يمانعون من أداء المسلمين الحج .

(٨) واستدلوا كذلك بأن الحج وقتـه العمر ، فصار هـذا العمر كوقت الصـلاة التي يجوز تأديتها في أي جزء من أجزائه ، يقول الشـافعي : (صلى

---

(١) ابن المنير من المالكية ، وللمذهب قولان في المسألة ، أرجحهما عند كثير من فقهـاء المـذهب القول بالفور . مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ ، منح الجليل ٢ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٢) فتح الباري ٣ / ٦٠٤ .

(٣) ويوجه سؤاله صلى ا عليه وسلم للمرأة إلى حرصه على الخير ، وليس لأنها لم تحج قبل هذا.

(٤) البحر الزخار ٣ / ٢٧٩ .

جبريل بالنبي صلى ا   عليه وسلم في وقتين وقال : ما بين هذين وقت[1] . وقد أعتم النبي صلى ا   عليه وسلم بالعتمة حتى نام الصبيان والنساء[2]. ولو كان كما تصفون صلاها حين غاب الشفق)[3] .

ويقول صاحب العناية في قول المرغيناني : '' وعند محمد والشافعي رحمهما ا   على التراخي ؛ لأنه وظيفـة العمر فكان العمر فيـه كالوقت في الصلاة '' يقول : فكما أنها جازت في آخر وقتها يجوز الحج في آخر العمر من أشهر الحج، وهذا الدليل لمحمد لأنه يقول بجواز تأخير مكيف، وهو أن لا يفوته بالموت ، فإن فوته أثم ، وأما الشافعي فإنه يقول لا يأثم بالتأخير وإن مات . فلم يكن عنده كوقت الصلاة[4] .

وتعليقا على كلام صاحب العناية، نذكرأن وجه الشبه بين الحج والصلاة، هو ما ذكره في بداية كلامه من أن الصلاة كما أنها جازت في آخر وقتها يجوز الحج في آخر العمر، وهذا يكفي في قياس الحج على الصلاة ؛ لأن ما ذكره من أن هـذا الدليل يسلم لمحمد معللا ذلك بأن محمدا يقول بجواز تأخير مكيف ، وهـو أن لا يفوته بالموت ، فإن فوته أثم : غير مسلم به ؛ لأنه يفهم من كلامه أن من مات أثنـاء وقت الصلاة ـ عازما على أدائها قبل موته ـ يكون آثما . وهذا لم يقل به الحنفية أنفسهم .

---

(١) حديث بيان وقت الصلاة انظره :

البخاري ، كتاب بدء الخلق ، باب ذكر الملائكة .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب أوقات الصلوات الخمس .

الموطأ ، كتاب وقوت الصلاة ، باب وقوت الصلاة .

(٢) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب فضل العشاء .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب وقت العشاء وتأخيرها .

(٣) الأم ٢ / ١٢٩ .

(٤) العناية على الهداية ٢ / ٤١٣ .

كما أن ما نقله عن الإمام الشافعي من أنه يقول بعدم لزوم الإثم من أخر الحج غير مسلم به أيضـا ؛ يقول النووي : لنا فيمن أخر الحج حتى مات ثلاثة أوجه : أصحها يموت عاصيا الشيخ والشـاب الصحيح (والثاني) لا يموت عاصيا (والثالث) يعصي الشيخ دون الشـاب ، وهو الذي اختاره الغزالي ، ولكن الأصح عند الأصحاب العصيان مطلقا[1] .

وقبـل أن نذكر جواب من يرى الفـور على قياس الحج على الصلاة ، نورد اعتراضهم على ما سبق ذكره في هذا الدليل ، من قول أهل التراخي بأن الحج وقته العمر ، وأنه يجب وجوبا موسعا .

يقول ابن حزم : لا يخلو المستطيع من أن يكون مفترضا عليه الحج أو لا يكون مفترضا عليه الحج ؛ فإن كـان مفترضا عليه فهو مأمور به في عامه ـ وهو قولنا ـ وهو إن لم يحج معطل فرض ، وإن كـان ليس مفترضا عليه الحج فهذا خلاف القرآن . وأيضا فإن كان مفسوحا له إلى آخرعمره فإنما تلحقه الملامة بعـد الموت ، والملامة لا تلحق أحدا بعـد الموت ، فصح أنه ملوم في حياته[2] .

ويقول ابن قدامة : وجوبه بصفة التوسع يخرجه عن رتبة الواجبات ؛ لأنه يؤخر إلى غير غاية ، ولا يأثم بالموت قبل فعله ؛ لكونه فعـل ما يجوز له فعله ، وليس على الموت أمارة يقدر بعدها على فعله[3] .

ولا يسلم لابن حزم في قوله '' إن كان مفسوحا له إلى آخر عمره فإنما تلحقه الملامة بعد الموت ، والملامة لا تلحق أحدا بعد الموت '' ؛ لأن الموت وإن كان ينتهي معه التكليف فإن هذا لا يمنع من لحوق الإثم أو الأجر بالميت ، قال تعالى ﴿إِنا نَحن نُحيِي الموتَى ونَكْتُب ما قَدموا وءاثَارهم﴾[4] وثبت في السنة

---

(1) المجموع ـ بيسير حذف ـ ٧ / ٥٣ وانظره أيضا ٧ / ٩٤ .

(2) المحلى ٥ / ٣١٦ .

(3) المغني ٣ / ١٠٠ .

(4) يس : ١٢ .

قوله صلى ا عليه وسلم (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)[١] ، وكذلك قوله صلى ا عليه وسلم (لا تقتل نفس ظلما إلا كان على ابن آدم الأول كفل من دمها ؛ لأنه أول من سن القتل)[٢] وأيضا قوله صلى ا عليه وسلم (من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيء ، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شيء)[٣] . إلى غير ذلك من نصوص .

كما لا يسلم لابن قدامة في قوله السـابق ؛ لأنه ليس معنى أن يكـون الواجب موسعا هـو أن يخرج عن رتبـة الواجبات ، فالدائن له أن يفسح فترة السداد طول حياة مدينه ، ولا يشترط عليه السداد عند اليسار ، فيصير واجب السداد موسعا ، فهل نقـول إن ذلك يخرجه عن رتبة الواجبات ، ولا تظل ذمة المدين مشغولة بهذا الدين حتى بعد موته ؟!. فقد ثبت عن أبي هريرة رضي ا عنه أن رسول ا صلى ا عليه وسلم كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين ، فيسأل هل ترك لدينه فضلا ؟. فإن حدث أنه ترك لدينه وفاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم . فلمـا فتح ا عليـه الفتوح قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين فترك دينـا فعلي قضاؤه ، ومن ترك مالا فلورثته[٤] .

---

(١) مسلم ، كتاب الوصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته .

(٢) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب أحاديث الأنبياء ، باب خلق آدم وذريته .

مسلم ، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب بيان إثم من سن القتل .

(٣) مسلم ، كتاب الزكاة ، باب الحث على الصدقة .....

(٤) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الحوالات ، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع .

مسلم ، كتاب الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته .

هذا وقد سبق أن ذكرنا أن من يرى التراخي قد قيدوا رأيهم بالعزم على الفعل ، وعدم خشية فوات الحج بأي عارض حتى خشية هلاك ماله ، فعندئذ يصير الواجب مضيقا ويلزمه الحج في عامه . ولذا فإنه كان يمكن ترجيح قول من يرى التراخي بأن الحج يجب وجوبا موسعا ، لولا ما أورده من يرى الفور من أدلة ـ سيأتي عرضها ـ من وجوب التعجيل بالحج .

أما الجزء الآخر من الدليل ، وهـو قياس الحج على الصلاة التي يجوز أدائها في أي جزء من أجزاء وقتها ، فغير مسلم به ؛ لأن موت المصلي الذي لم يؤد الصلاة أثناء وقتها ـ ما لم يتضيق ـ نادر ، بخلاف الحج فإن موت من لم يحج خلال العام غير نادر ، ولـذا فإن الموت أثناء وقت الصلاة لا يترتب عليه إثم ، بخلاف الحج حيث صحح فيه أكثر من ذهب للتراخي ـ فضلا عمن يرى الفور ـ القول بالإثم .

(٩) كما أنهم قاسوا الحج على الصوم ، فكما أن قضاء الصوم لا يجب على الفور فكذلك الحج ، يقول الشـافعي في سياق استدلاله للتراخي : (قالت عائشة رضي ا عنها : '' إن كان ليكون على الصوم من شهر رمضان فما أقدر على أن أقضيه حتى شعبان ''[١] . وروي عن النبي صلى ا عليه وسلم أنه قال : '' لا يحل لامرأة أن تصوم يوما زوجها شاهد إلا بإذنه ''[٢])[٣] .

وقد أجاب من يرى الفورعلى هذا الدليل بما ذكروه في الدليل السابق من قياس الحج على الصلاة ، يقول البزدوي عن تأخير قضاء الصوم : '' تأخيره عن اليوم الأول لا يفوته ، والتعارض للحال غير قائم[٤] ؛ لأن الحياة إلى اليوم

---

(١) الحديث أخرجه : البخاري ، كتاب الصوم ، باب متى يقضى قضاء رمضان ؟.
مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء رمضان في شعبان .

(٢) البخاري ، كتاب النكاح ، باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه .

(٣) الأم ٢ / ١٢٩ ، وانظر المجموع ٧ / ٩٠ .

(٤) أي تعارض الحياة والموت في ليلة غير قائم ؛ لأن الحياة غالبة والموت نادر فلا يـسقط إدراك اليوم الثاني باحتمال الموت ؛ لأن السقوط بتعارض الحياة والموت ولم يوجد ، وإذا لم يسقط كـان مزاحما لليوم الأول ، فلم يثبت تعينه للأداء فجاز التأخير . كشف الأسرار ١ / ٢٥١ دار الكتـاب الإسلامي ، بدون تاريخ .

الثاني غالبة ، والموت في ليلة واحدة بالفجاءة نادر ، فلا يترك الظاهر بالنادر ، وإذا كان كذلك استوت الأيام كلها كأنه أدركها جملة ، فخير بينهـا ولا يتعين أولها''[١] . هذا فضلا على أن الأمر بالحج هـو أمر بالحج نفسه وليس قضاءه كما في الصوم .

(١٠) ومن أدلتهم أيضـا ما ذكروه من أن من أخـر الحج من سـنة لأخرى ، ثم حج بعد ذلك لا يوصف حجه بالقضاء ، وإنما هـو أداء ، ولو كان الحج واجبا على الفور لصار قضاء[٢] .

يقول النووي : '' واحتج أصحابنا أيضا بأنه إذا أخره من سنة إلى سنة أو أكثر، وفعله يسمى مؤديا للحج لا قاضيا بإجماع المسلمين، هكذا نقل الإجماع فيـه القاضي أبو الطيب وغيـره ، ونقـل الاتفاق عليه أيضـا القاضي حسين وآخرون ، ولو حرم التأخير لكان قضاء لا أداء .

فإن قالوا هذا ينتقض بالوضوء ، فإنه إذا أخره حتى خرج وقت الصلاة ، ثم فعله كان أداء ، مع أنه يأثم بذلك : قلنا قد منع القاضي أبو الطيب كونه أداء في هذه الحالة. وقال : بل ، هو قضاء لبقاء الصلاة ؛ لأنه مقصود لها لا لنفسه. وجواب آخـر وهو أن الوضوء ليـس له وقت محدود ، فلا يوصف بالقضـاء بخلاف الحج ، وقد تقرر في الاصطلاح أن القضـاء فعل العبادة خارج وقتها المحدود ''[٣] .

ويمكن الجواب على هذا الدليل بأن الحج ليس له وقت ينتهي عنده حتى يوصف الفعل بعده بالقضاء، فالقضاء لا يكون قضاء إلا بعد انتهاء الأجل المحدد للأمر ، فالصلاة مثلا إذا لم تؤد حتى انقضى وقتهـا تصير قضاء ، والحج ليس كذلك لامتداد وقته .

---

(١) أصول البزدوي ١ / ٢٥١ .

(٢) المبسوط ٤ / ١٦٤ ، بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ ، مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ .

(٣) المجموع ٧ / ٨٩ .

ثم إن بعض من يقـول بالفـور يرى أن الحج بعـد العـام الأول من الاستطاعة يكون قضاء ، يقول الباجي : إذا قلنا إنه على الفور فاختلف أصحابنا فقال القاضي أبو الحسن : إنه إذا أخره عن أول عام فهو قاض لا مؤد . وقال غيره : لا يكون قاضيا ما دام حيا ، وإنمـا يكون القضاء عنه بعد موته أن حج عنه أحد[1] .

ومما قيل أيضـا في تعليل كون الحج يقع أداء بعد عامه الأول ما يذكره بعض الفقهاء كالكاساني ، يقول : لو أدى في السنة الثانية كان مؤديا لا قاضيا ؛ فإنما كان كذلك لأن أثر الوجوب على الفور ، عملا في احتمال الإثم بالتأخير عن أول الوقت في الإمكان ، لا في إخراج السنة الثانية والثالثة من أن يكـون وقتا للواجب كما في باب الصلاة ؛ وهـذا لأن وجوب التعجيل إنما كان تحرزا عن الفوات ، فإذا عاش إلى السنة الثانية والثالثة فقد زال احتمال الفوات فحصل الأداء في وقته كما في باب الصلاة . وا أعلم[2] .

ثم إن غالب أهـل التراخي يرى أن الزكاة تجب على الفـور ، وأداؤها عندهم لا يندرج تحت الأداء الاصطلاحي ، وهو المقابل للقضاء ؛ وذلك لامتداد وقتها، يقول الأنصاري : '' (يجب) أي أداؤها (فورا) ''[3]. ويشرح الجمل هذا بقوله : '' قولـه (أي أداؤها) المراد بالأداء الدفـع لا الأداء بالمعنـى المصطلح عليه؛ لأن الزكاة لا وقت لها محدود حتى تصير قضاء بخروجه''[4]. فلماذا يوصف الحج إذن بالقضاء رغم أن وقته غير محدود ؟!.

---

(١) المنتقى ٢ / ٢٦٨ ، وانظر مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ ، ٤٧٤ حيث تفصيل القول فيما هو راجح من القولين .

(٢) البدائع ٢ / ١٢٠ .

(٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ـ وكلاهما لزكريا الأنصاري ، ومنهج الطـلاب اختـصار منهاج النووي ـ ٢ / ٢٩١ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤١٨هـ ، وانظر المجموع ٥ / ٣٠٥ ، ٣٠٦ .

(٤) حاشية الجمل وهي (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) ٢ / ٢٩١ ، دار الفكـر ، بدون تاريخ .

يقول ابن قدامة : لا يلزم من الوجوب على الفور تسمية القضـاء ؛ فإن الزكاة تجب على الفور ، ولو أخرها لا تسمى قضاء . والقضـاء الواجب على الفور إذا أخره لا يسمى قضاء القضاء[1] .

(١١) واستدل بعضهم أيضا بأن صيغة الأمر بذاتها لا تمنع من إتيان الأمر متراخيا، يقول الباجي : الدليل على أن الأوامر على التراخي هو أن لفظة افعل ليست بمقتضية للزمان إلا بمعنى أن الفعـل لا يقع إلا في زمان ، وذلك لاقتضائها للحال والمكـان ، ثم ثبت وتقـرر أن له أن يأتي بالمأمور به في أي مكان شاء وعلى أي حال شاء ، فكذلك له أن يفعله في أي زمان شاء[2] .

ويمكن الجواب على هـذا بأنه إذا كانت صيغة الأمر لا تدل بذاتها على فور أو تراخ[3] ، فإن ما قدمه من يقول بالفور من أدلة ـ التي سيأتي بيانها ـ يمكن أن يحمل الأمر معها على الفور .

(١٢) وحتى إذا قلنـا إن صيغة الأمر بذاتهـا تمنع من إتيـان الأمر متراخيا ، فإن السياق والقرائن هي التي تحدد الفور من التراخي ، والأمر بالحج يمكن حمله على التراخي بفعل النبي صلى ا عليه وسـلم الذي أخر الحج إلى سنة عشر[4] ، وكذا بالمشقة المتعلقة بفعله ، يقول إمام الحرمين : المختار أن الأمر ـ مجردا عن القرائن ـ لا يقتضي الفور ، وإنمـا المقصود منه الامتثال المجرد ، ومن زعم أنه يقتضي الفـور نقلنا الكلام إلى أصول الفقه ، ويمكن أن يقال : الحج عبادة لا تنال إلا بشق الأنفس ولا يتأتى الإقدام عليهـا بعينها بل يقتضي للتشاغل بأسبابها والنظـر في الرفاق والطرق ، وهـذا مع بعد المسافة يقتضي مهلة فسيحة لا يمكن ضبطها بوقت ، وهذا هو الحكمة في إضافة الحج

---

(١) المغني ٣ / ١٠١ .

(٢) المنتقى ٢ / ٢٦٨ .

(٣) إرشاد الفحول ١ / ١٨١ .

(٤) البحر الرائق ٢ / ٣٣٣ ، المجموع ٧ / ٩٠ .

إلى العمر ، ويمكن أن يجعل هذا قرينة في اقتضاء الأمر بالحج للتراخي[١] .

والجواب على هـذا الدليل هو ما سبق ذكره في الدليل السابق ، كما أنه سبق استعراض بيان العذر في تأخير النبي صلى ا عليه وسلم الحج ـ لو كان ثم تأخير ـ إلى العام العاشـر ، ثم إن ما ذكره إمام الحرمين يمكن القول معه بأن الحج يجب ـ في عصره ـ فورا لأهل مكـة ومن جاورها دون الآفاقي ، كما أن ما ذكره من أسباب التراخي من طـول المسافة والمشـقة لا تتناسب وعصرنا الحاضر .

(١٣) كما استدلوا للتراخي بترك تفسيق مؤخر الحج ، يقـول ابن عبد البر : ومن الدليل على أن الحج على التراخي إجماع العلمـاء على ترك تفسيق القادر على الحج إذا أخره العام والعامين ونحوهما ، وأنه إذا حج من بعد أعوام من حين استطاعته فقد أدى الحج الواجب عليه في وقته[٢] . ويقـول النووي : واحتج أصحابنا أيضـا بأنه إذا تمكن من الحج وأخره ، ثم فعله لا ترد شهادته فيما بين تأخيره وفعله بالاتفاق ، ولو حرم لردت لارتكابه المسيء[٣] .

ولكن هل يمكن أن نفهم من كلام ابن عبد البر أن من يؤخر الحج العام أو العامين يلزمه الإثم ـ دون الفسق ـ ؟. وإذا كان كذلك فهل يصيـر الإثم مشروعا مباحا ؟!.

يقول الدرير (المالكي كابن عبد البر) في شرحه على خليل :

'' (وفي فوريته) أي في وجوب الإتيـان به أول عام القدرة عليـه ، فيعصي بالتأخير عنه ولو ظن السلامة ، وهو المعتمد . (وتراخيه لخوف الفوات) أي إلى وقت يخاف فيه فواته بالتأخير إليه.ويختلف الفوات باختلاف الناس والأزمان

---

(١) المجموع ٧ / ٩٠ .

(٢) تفسير القرطبي ، المسألة الثانية في تفسير قوله تعالى ولِلهِ علَى الناسِ حِجّ البيـتِ ، ص ١٣٨٦ .

(٣) المجموع ٧ / ٩٠ .

والأحوال . (خلاف) ''[1] . ويزيد الدسوقي بقوله : '' قوله (وفي فوريته) أي وجوب الإتيان به على الفور . وقوله (وتراخيه) أي وجوبه على التراخي لمبدأ خوف الفوات . قوله (فيعصي بالتأخير عنه) أي بالتأخير عن أول عام القدرة ولو لثاني عام ''[2] .

كما لا يسلم لقـول النووي ؛ لأن من يؤخر الحج اختيارا شهادته غير مقبولة ما دام لم يحج بعد ، يقـول الزيلعي : وثمرة الخلاف[3] تظهر في حـق المأثم حتى يفسق وترد شهادته عند من يقول هو على الفور[4] .

(١٤) ومن أدلتهم أيضا أن موت من يؤخر الحج مظنون ، فيقدم ظاهر الحال عليه وهو حياته ، يقول صاحب كشف الأسرار : '' ما من سنة يمضي إلا ويتوهم إدراك الوقت بعـدها ، وإنما يثبت العجز بعارض الموت ، فرجحنا الحياة عليـه ؛ لأن ما كان ثابتـا فالظاهر بقاؤه إلى أن يظهر المزيل وفيه شك فلم يعتبر ''[5] .

وفي مقابل هذا الدليل الذي استدل به لمحمد بن الحسن استدل لأبي يوسف بما هو عكسه ، يقول صاحب كشف الأسرار: ولأبي يوسف رحمه ا أن أشهر الحج من السـنة الأولى في حق المخاطب به آخر الوقت ، فيحرم التأخير عنه كما في آخر وقت الصـلاة ؛ وذلك لأن الوقت في حقه أشهر الحج من عمره لا من جميع الدهر ، والأشهر التي من عمره ما كان متصلا بعمره ، وهذه الأشهر هي المتصلة بعمره يقينا ، والتي لم يجئ بعـد غير متصلة بعمره ، فلا تصير وقت حجـه إلا بالاتصال ، وذلك مشكوك ، والانفصال في الحـال ثابت ، فلا يرتفع بالشك .

---

(١) الشرح الكبير ٢ / ٢ ، ٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٢ .

(٣) بين من يقول التراخي ومن يقول بالفور .

(٤) تبيين الحقائق ٢ / ٣ .

(٥) كشف الأسرار ١ / ٢٥٠ .

وعلى اعتبار الانفصال لا يبقى وقت لحجه غير الوقت الحاضر ، فيكون التأخير عنه تفويتا ، كالتأخير عن آخـر وقت الصلاة . يحققه أن بمضي وقت عرفة يفوت وقت الحج في الحال ، ولا يرجى عوده إلا بالعيش إلى العام القابل، وفيه شك ؛ لأن العيش إلى سنة ليس بأرجح من الموت ، فلا يثبت العود بالشك ولا يرتفع حكم الفوت، بخلاف الواجب المطلق عن الوقت ، حيث له أن يؤخره؛ لأن الفوت فيـه بالموت والعمر ثابت للحال والموت محتمل ، فلا يرتفع الثابت بالمحتمل . فأما الثابت ههنا فالفوت بمضي الوقت فلا يرتفع بالمحتمل ، وهـو العيش إلى السنة القابلة ، بخلاف تأخير صوم القضاء والكفارة ؛ لأن الموت في ليلة نادر ، فلم يعـد تفويتا . فصار حرف المسألة أن الخصم يقول لا فوات إلا بالموت ، فإن جميع العمر وقت الأداء ، ويعتبر الظاهر لإبقاء ما كان من القدرة ولا يبطلها بالموهوم . ونحن نقول إذا تعذر الأداء عليه بعـد خروج الوقت فقد تحقق الفوات ، وله احتمال أن لا يكـون فواتا بالإدراك ، وفيـه شك ، فحكمنا بالفوات للحال على احتمال أن لا يكون فواتا[1] .

ثم علـى فرض صحة احتمال الحيـاة على الموت في باب الحج ، وأن الموت خلال العـام غير نادر ، فإن الأدلة ـ التي حان عرضها ـ التي يقدمها من يقول بالفور ترفع هـذا الاحتمال ، حيث توجب المبادرة إلى الحج على من يستطيعه خشية ما يعرض له من موت أو فقد بعض شروط الاستطاعة .

هذه هي أدلة من يقول بأن الحج يجب متراخيا ومناقشتها ، مع مراعاة أنهم قيدوا جواز تأخير أداء الحج بالعزم على الفعل في المستقبل ، وأن لايتضيق بنذر أو قضـاء أو خوف عضب ، فلو خشي من وجب عليه الحج العضب حرم عليه التأخير ؛ لأن الواجب الموسع إنما يجوز تأخيره بشرط أن يغلب على الظن السلامة إلى وقت فعله ، ومثله من خشي هلاك ماله[2] . وقد زاد بعض المالكية

---

(١) كشف الأسرار ـ بيسير حذف ـ ١ / ٢٥٠ .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢٠٧ .

على هذا ألا يتجاوز عمر من أخرالحج عن الستين سنة للحديث (أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجوز ذلك)[1] .

أدلة الفـــور

ما عليه مذهب الحنفية وهو الراجح عن أبي حنيفة وما يقـول به أبو يوسف[2] ، والقول الآخـر المعتمد عند المالكيـة[3] ، ومذهب الحنابلـة[4] ، والظاهرية[5] ، والزيدية[6] ، والإمامية[7]، والقول المرجوح عند الإباضية[8] : هو أن الحج يجب فور الاستطاعة ، وقد استدلوا لرأيهم بما يأتي :

(١) أن الأمر يصرف إلى الفورمثل قوله تعالى وَأَتِمواْ الحج والْعمرةَ لِلهِ [9]وقوله سبحانه ولِلهِ علَى الناسِ حِج البيتِ من استَطَاع إِلَيهِ سبِيلا [10] فالأمر الأصل فيه أن يكون على الفـور ، مثل قول السـيد لمولاه اسقني ، ولا يصرف عن الفور إلا بقرينة .

---

(١) مواهب الجليل ٢ / ٤٧١ ، ٤٧٢ والحديث أخرجه الترمذي ، كتاب الدعوات عن رسـول ا صلى ا عليه وسلم ، باب في دعاء النبي صلى ا عليه وسلم . وقد قال الترمذي عن الحديث بأنه حديث حسن غريب .

(٢) فتح القدير ٢ / ٤١١ : ٤١٤ ـ المبسوط ٤ / ١٦٣ : ١٦٥ ـ بدائع الـصنائع ٢ / ١١٩ ، ١٢٠ ـ تبيين الحقائق ٢ / ٣ ـ البحر الرائق ٢ / ٣٣٣ ، ٣٣٤ .

(٣) مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ ـ حاشية الدسوقي ٢ / ٣ ـ منح الجليل ٢ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٤) المغني ٣/١٠٠ ـ الفروع ٣ / ٢٤٢ ـ كشاف القناع ٢ / ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٥) المحلى ٥ / ٣١٦ .

(٦) البحر الزخـار ٣ / ٢٧٩ ، ٢٨٠ ـ التاج المذهب ١ / ١١٧ ويؤخر الحج عندهم لأحد خمسة أمور ، وهي الجهاد والقصاص والنكاح والدين والحجر .

(٧) شرائع الإسلام ١ / ١٩٨ ـ الروضة البهية ٢ / ١٥٩ : ١٦١ .

(٨) النيل وشرحه ٤ / ١٥ : ١٧ .

(٩) البقرة : ١٩٦ .

(١٠) آل عمران ٩٧ .

ولكن قد سبق أن ذكرنا أن الأمر الراجح في دلالته الزمنية ، هو أنه لا يدل بذاته على فور أو تراخ ، وأن القرينـة التي تصاحبه هي التي تحدد ذلك ، وقول القائل اسقني وأسرع وما شابه ذلك إنما يدل على الفور بالقرينة التي تنشأ من الفعل ذاته ، تماما مثل قول القائل تمهلْ أو أبطئ في قدومك ، وما شابه ذلك من الأفعال التي تدل بذاتها على التراخي ، فقرينة الفور أو التراخي قد تنشأ من ذات الفعل وقد تستفاد من خارجه ، سواء أكان هـذا الخارج قد ورد في النص نفسه الذي ورد فيه الأمر أو في نصوص أخرى .

كما سبق أن ذكرنا أيضا أن قوله تعالى وَأَتِموا الحج والْعمرةَ ِللهِ أن الراجح في تفسيره ، هو أن يكون دالا على وجوب إتمام النسك لمن شرع فيـه ـ كصلاة النافلة ـ وليس للإنشاء .

على أنه يبقى لأهل الفور أن نذكر أن قوله تعالى وِللهِ علَى الناسِ حِج البيتِ من استَطَاع ِإلَيهِ سبِيلا يمكن أن يؤخذ منه الدلالة على الفور؛ لأن الأمر هنا معلق بشرط، فمتى تحقق الشرط وجب الأمر، وهذا لا يساوي الأمر المجرد الذي لا يدل بنفسـه على فور أو تراخ ، فالأمر (افعل) لا يساوي (افعل متى استطعت) .

وإذا كانت هـذه يمكن أن تكون قرينة على الفور من داخل النص ، فإن الأدلة الآتية يمكن أن تكون أيضا قرائن أخرى خارجه تؤيدها .

(٢) كما استدل القائلون بالفور بأن من لم يتم حجه لعارض أن عليـه قضاءه لقابل ، وإذا كان هذا حال القضاء من عدم التأخير ففور الفرض أولى . يقول ابن الهمام : وقـد استدل على الفـور بالمنقول والمعنى ، فالأول حديث الحجاج بن عمرو الأنصاري (من كسـر أو عرج فقد حل وعليـه الحج من قابل)[1] ، وهذا بنـاء على أن لفظة قابل متعارف في السنة الآتية التي تلي هذه

---

(١) '' أخبرنا شعيب بن يوسف ومحمد بن المثنى ، قالا حدثنا يحيى بن سعيد ، عـن حجـاج بـن الصواف ، قال حدثنا يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة ، عن الحجاج بن عمرو ، عن النبي صـلى ا عليه وسلم قال : من كسر أو عرج فقد حل ، وعليه حجة أخرى . وسألت ابن عباس وأبا هريرة

السنة ، وإلا فهو أعم من ذلك فلا دليل فيه[1] .

ولا يسلم لمن يرى الفور هذا الدليل ؛ لأن حكم القضاء يختلف عن حكم الفرض ابتداء ، إذ إن القضاء هنا لا يكون إلا عن نسك غير مكتمل ، ولذا فإنه يندرج تحت قوله تعالى ﴿ وَأَتِمُّوا الحج والْعمرةَ لِلهِ ﴾ ، فلا يلزم أن يكون النسك غير المكتمل فرضا ، وحتى لو كان فرضا فإنه لا تلازم بين حكم الفرض المبتدأ وبين قضائه ، فالنص الوارد بوجوب فور القضاء إنمـا يختص بالنسك غير المكتمل فلا يتعداه إلا بدليل . كما لا يصح قياس الأولى هنـا ؛ لاختلاف طبيعة موضوع القياس ، فمن شرع في نسك يصير قد ألزم نفسه به ، لذا ناسبه قضاؤه على الفور ، فهذا يختلف حكمه عمن لم يشرع فيه ابتداء ، ووقت أداء هذا النسك المبتدأ إنما يعرف بالنظر إلى دليل وجوبه ، وما يقترن به من زمن .

(٣) واستدل القائلون بالفور أيضا بحديث (حجوا قبل أن لا تحجوا)[٢]؛ إذ إنه يدل صراحة على الإسراع بالحج قبل أن يعوقه أي عارض .

فقالا صدق . وقال شعيب في حديثه وعليه الحج من قابل ''. النسائي بلفظه ، كتاب مناسك الحج ، باب فيمن أحصر بعدو .

ورواه أيضا الترمذي ولفظه : حدثنا إسحق بن منصور ، أخبرنا روح بن عبادة ، حـدثنا حجاج الصواف ، حدثنا يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة قال : حدثني الحجاج بن عمرو قال : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم : من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى . فذكرت ذلك لأبـي هريرة وابن عباس فقالا صدق . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح . الترمذي، كتاب الحـج عن رسول ا صلى ا عليه وسلم ، باب ما جاء في الذي يهل بالحج فيكسر أو يعرج .

ويقول الترمذي أيضـا : والعمل عند أهـل العلم ، من أصحاب النبي صلى ا عليـه وسـلم وغيرهم ، أنه من لم يقف بعرفات قبـل طلوع الفجر فقد فاته الحج ، ولا يجزئ عنـه إن جاء بعد طلوع الفجر ، ويجعلها عمرة ، وعليه الحج من قابل . وهو قول الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق. الترمذي ـ بيسير حذف ـ ، كتاب الحج عن رسـول ا صلى ا عليه وسلم ، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج .

(١) فتح القدير ٢ / ٤١٣ والدليل السادس الآتي من أدلة الفور هو دليل المعقول الذي أشار إليه ابن الهمام . وانظر أيضا حاشية الدسوقي ٢ / ٣ .

(٢) المستدرك للحاكم ٦١٧/١ ، دار المعرفة ببيروت ، بدون تاريخ . وسـنن الـدارقطني ٣٠٢/٢ والحديث غير ثابت كما سيأتي .

ولا يسلم لهم أيضا هذا الدليل ؛ فالحديث غير ثابت[1]، ولو كان ثابتا فإنه لا يصح لهم الاستدلال به؛ فلفظ الحديث هو (عن الحارث بن سويد ، قال سمعت عليا رضي ا عنه يقـول : حجوا قبل أن لا تحجوا ، فكأني أنظر إلى حبشي أصمع أفدع بيـده معول يهدمها حجرا حجرا . فقلت له : شيء تقوله برأيك أو سمعته من نبيكم صلى ا عليه وسلم ؟. قال : لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة، ولكني سمعته من نبيكم صلى ا عليه وسلم)[2] .

فالمراد به هو عدم القدرة على الحج لما يجري من عوارض في آخـر الزمان ودنو الساعة ـ كهدم لكعبة ـ وليس بانتهاء أجل الإنسان .

(٤) كما استدل من يرى الفور بحديث ابن عباس أو الفضل بن عباس رضي ا عنهم عن رسـول ا صلى ا عليه وسلم قال : (من أراد أن يحج فليتعجل ؛ فإنه قد تضـل الضالة ويمرض المريض وتعرض الحاجة)[3] ، وقد روي بلفظ آخر وهـو (تعجلوا إلى الحج ـ يعني الفريضة ـ فإن أحدكم لا يدري ما يعرض له)[4] .

وقد روي هذا الحديث من طريق أبي إسرائيل إسماعيل بن خليفة ، عن فضيل بن عمرو، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس أو عن الفضل أو أحدهما

---

(١) العلل المتناهية لابن الجـوزي ٥٦٤/٢ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعـة أولى ١٤٠٣هـ ـ كشف الخفاء للعجلوني ٤١٨/١ ، مؤسسة الرسالة ببيروت ، طبعة رابعة ١٤٠٥هـ ـ ضعيف الجامع الصغير ٣ / ٩٣ ، ٩٤ الجامع للسيوطي ، والضعيف للألباني ، المكتب الإسلامي ببيـروت ودمشق ، طبعة ثانية ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

(٢) الحديث وإن كان غير ثابت بهذا اللفظ ، فإن بعضه ـ وهو هدم هذا المقبح الحبشي الكعبة آخر الزمان ـ قد ثبت في الصحيحين :

البخاري ، كتاب الحج ، باب هدم الكعبة .

مسلم ، كتاب الفتن وأشراط الساعة ، باب لا تقوم الساعة حتى يمر الرجل ....

(٣) أبو داود ، كتاب المناسك ، باب التجارة في الحج .

ابن ماجة ، كتاب المناسك ، باب الخروج إلى الحج .

أحمد ، مسند بني هاشم : مسند الفضل بن العباس ، وبداية مسند عبد ا بن العباس .

(٤) أحمد ، مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد ا بن العباس .

عن صاحبه ، وقد اختلف النقـاد في توثيق أبي إسرائيل[1] ، بيد أن الحديث قد روي من طريق آخر غير طريق أبي إسرائيل ، فقد روي عن أبي معاوية محمد ابن خازم ، عن الحسـن بن عمرو الفقيمي ، عن أبي صفوان مهران الكوفي ، عن ابن عباس رضي ا عنهما . وهذا الطريق فيه أبي صفوان ، وقد وثقه ابن حبـان[2] ، وقبل الحاكم حديثه هذا ووافقه الذهبي[3] ، وقال عنه ابن حجـر : '' روي عن ابن عبـاس (من أراد الحج فليتعجل) وعنه الحسـن بن عمرو الفقيمي . قال أبو زرعة : لا أعرفه إلا في هـذا الحديث . وذكره ابن حبان في الثقـات . قلت : وقال الحاكم لمـا أخرج حديثـه في المستدرك : لا يعـرف بجرح ''[4]. ثم عده ـ ابن حجر ـ من المجاهيل[5] .

وقد حسن الألباني حديث أبي صفوان هذا ، يقول : '' لعله يتقوى حديثه بالطريق الأول فيرتقي إلى درجة الحسن ، لاسيما وبعض العلماء يحسن حديث أمثاله من التابعين كالحافظ ابن كثير وابن رجب وغيرهما ـ وا أعلم ـ وقد صححه عبد الحق في الأحكام ''[6] .

---

(1) تهذيب الكمال للمزي ٣ / ٧٧ : ٨٣ ـ مؤسسة الرسالة ببيروت ، طبعة أولـى ١٤٠٣هـ ـ / ١٩٨٣م ـ ويقول فيه ابن حجـر : صدوق ، سيئ الحفظ ، نسب إلى الغلـو في التشيع . تهـذيب التهذيب ١ / ١٠٧، طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدرآباد الدكن بالهند، طبعة أولى ١٣٢٧

(2) الثقات لابن حبان ٥ / ٤٤٢ رقم ٥٦٢٥ ، دار الفكر ، طبعة أولى ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م .

(3) مستدرك الحاكم ١ / ٦١٧ .

(4) تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٩٢ .

(5) تقريب التهذيب لابن حجر ١ / ٥٤٩ ، دار المعرفة ـ بيروت ، طبعة ثانية ١٣٩٥ ـ ١٩٧٥ .

(6) إرواء الغليل ٤ / ١٦٩ هذا وينبغي تصحيح قول الألباني '' أخرجه أحمد (١ / ٣١٤) مـن طريق إسماعيل عن أبيـه أبي إسرائيل عن فضيل ... '' الإرواء ٤ / ١٦٨ والصواب هو حـذف قوله (عن أبيه) فالحديث عن إسماعيل أبي إسرائيل عن فضيل .

ونص ما جاء في الموضع الذي أشار إليه الألباني هو : '' حدثنا عبد الرزاق ، أخبرنا الثـوري عن إسماعيل ـ قال أبي هو أبو إسرائيل الملائي ـ عن فضيل يعني ابن عمرو عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال قال رسول ا صلى ا عليه وسلم : تعجلوا إلى الحج ـ يعني الفريضة ـ فإن أحدكم لا يدري ما يعرض له '' . وقائل (قال أبي هو أبو إسرائيل الملائي) هو عبد ا بن أحمـد ابن حنبل . =

وقد أجاب النووي على من استدل بهذا الحديث على الفور بقوله : جوابه من أوجـه : أحدها أنه ضعيف . والثاني أنه حجة لنـا ؛ لأنه فوض فعله إلى إرادته واختياره ولو كان على الفور لم يفوض تعجيله إلى اختياره . والثالث أنه أمر ندب جمعا بين الأدلة[1] .

ولكن لا يسلم للنووي فيمـا ذكره ؛ لأن قوله بأن الحديث ضعيف إنما يتجه بالنظر إلى طريق واحد ، والحديث ـ كما سبق ـ يصلح للحجة بمجموع طريقيه ، كما أن متن الحديث يتوافق وبقية أدلة الفور التي سبقت والتي ستأتي بعد .

وأما اعتراضـه الثاني فإن بعض روايات الحديث لم تأت بلفظ الإرادة ، كالتي سبق ذكرها (تعجلوا إلى الحج ـ يعني الفريضة ـ فإن أحدكم لا يدري ما يعرض له) ، ثم لو كـان الأمر مفوضـا إلى إرادته فلا فائدة تظهر لقولـه (فليعجل) ؛ فمن أراد الحج في مقتبل عمره ، ثم أداه ـ باختياره ـ في خريف عمره ، هل يكون قد عجل به ؟!. '' فليس التعليق على الإرادة هنا للتخيير بين الفعل والترك ؛ لانعقـاد الإجماع على خلافه ، بل كقوله (من أراد الجمعـة فليغتسل)[2] و (من أراد الصـلاة فليتوضأ)[3] وقوله تعالى ﴿ لِمن شَاء مِنكُم أَن يستَقِيم ﴾[4] ''[5] .

وأما اعتراضه الثالث فقـد يكون صحيحا إذا سلمت أدلـة التراخي من الاعتراضات التي سبق استعراضها، بحيث تتقابل أدلة التراخي والفور، ولم يكن

= وعلى الرغم من أن فضيلا قد مات سـنة ١١٠هـ وأبا إسرائيـل مات سـنة ١٦٩هـ فإن أبا إسرائيل قد توفي عن أكثر من ثمانين سنة ، لذا فالرواية بينهما ممكنة . انظر تهذيب الكمال ٧/٣ ، ٢٣ / ٢٧٩ .

(١) المجموع ٧ / ٩١ .

(٢) البخاري ومسلم ، ولفظ الإرادة عند مسلم : أول حديث في كتاب الجمعة .

(٣) مما ورد في ذلك حديث المسيء في صلاته ، وقد أخرجه البخاري ومسلم ، بيد أن لفظ الإرادة عند النسائي : كتاب السهو ، باب أقل ما يجزي من عمل الصلاة .

(٤) التكوير : ٢٨ .

(٥) كشاف القناع ٢ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

ثمة طريق للجمع بينهـا غير حمل الأمر فيها على الندب ، أما وقد وهنت أدلة التراخي بالاعتراضات الواردة عليها التي سبق ذكرها ، وسلم بعض أدلة الفور ـ مما سبق ومما سيأتي ـ من الطعن فيهـا ، فإن سبيل الجمع هذا يصير غير صحيح .

(٥) كما استدل من يقول بالفور بحديث أبي هريرة رضي ا عنه قال : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم: '' من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس ، أو حاجة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، فليمت أي الميتتين شاء ، إما يهوديا أو نصرانيا ''[١] .

وللحديث شـاهد ثان عن أبي أمامة رضي ا عنه قال : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم : '' من لم يمنعه عن الحج حاجة ظاهرة، أو سلطان جائر، أو مرض حابس، فمات ولم يحج، فليمت إن شاء يهوديا وإن شاء نصرانيا ''[٢].

وله شـاهد ثالث عن علي رضي ا عنه قال : قال رسول ا صلى ا عليـه وسلم : من ملك زادا وراحلة تبلغه إلى بيت ا ولم يحج ، فلا عليـه أن يموت يهوديا أو نصرانيا ، وذلك أن ا يقـول في كتابه ﴿ وَلِلهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ البَيتِ مَنِ استَطَاعَ إِلَيهِ سَبِيلا ﴾ . قال أبو عيسى : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وفي إسناده مقال ، وهـلال بن عبد ا مجهول ، والحارث يضعف في الحديث[٣] .

وعن إسناد الحديث يقول ابن حجر : '' هذا الحديث ذكره ابن الجوزي في الموضوعات ، وقال العقيلي والدارقطني : لا يصح فيـه شيء . قلت : وله طرق :

أحدها : أخرجه سـعيد بن منصور في السنن وأحمـد ، وأبو يعلى ، والبيهقي من طرق عن شريك ، عن ليث بن أبي سليم ، عن ابن سابط عن أبي

---

(١) التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ٢ / ١١٨ .

(٢) الدارمي ، كتاب المناسك ، باب من مات ولم يحج . وقد تكلموا في إسناده .

(٣) الترمذي ، كتاب الحج عن رسول ا صلى ا عليه وسلم ، باب ما جاء في التغليظ في تـرك الحج . وسنده ضعيف أيضا ، كما سيتضح من الكلام عليهما .

أمامة بلفظ : { من لم يحبسه مرض أو حاجة ظاهـرة } ، والباقي مثلـه ، لفظ البيهقي ، ولفظ أحمـد : { من كان ذا يسار فمات ولم يحج } - الحديث - وليث ضعيف ، وشريك سيئ الحفظ ، وقد خالفه سفيان الثوري فأرسله ، رواه أحمـد في كتاب الإيمان له عن وكيع ، عن سفيان ، عن ليث ، عن ابن سـابط قال : { قال رسول ا صلى ا عليه وسلم : من مات ولم يحج ، ولم يمنعه من ذلك مرض حابس ، أو سلطان ظالم ، أو حاجة ظاهرة } فذكره مرسلا . وكذا ذكره ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن ليث مرسلا ، وأورده أبو يعلى من طريق أخرى عن شريك مخالفة للإسناد الأول ، وراويها عن شريك عمار بن مطر ضعيف .

الثاني : عن علي بن أبي طالب مرفوعا : { من ملك زادا وراحلة تبلغه إلى بيت ا ولم يحج ، فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا } ، وذلك لأن ا قال في كتابه : وللهِ علَى الناسِ حِج البيتِ من استَطَاع إِلَيهِ سبِيلا ورواه الترمذي وقال : غريب وفي إسناده مقال والحارث يضعف ، وهلال بن عبد ا الراوي له عن أبي إسحاق مجهول ، وسئل إبراهيم الحربي عنه ، فقـال : من هلال ؟ وقال ابن عدي : يعرف بهذا الحديث ، وليس الحديث بمحفوظ ، وقال العقيلي : لا يتابع عليه . وقد روي عن علي موقوفـا ، ولم يرو مرفوعـا من طريق أحسن من هذا . وقال المنذري : طريق أبي أمامة على ما فيها أصلح من هذه .

الثالث عن أبي هريرة رفعه : { من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس ، أو حاجة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، فليمت أي الميتتين شاء ، إما يهوديا أو نصرانيا } . رواه ابن عدي من حديث عبد الرحمن القطائي ، عن أبي المهزم وهما متروكان عن أبي هريرة .

وله طريق صحيحة إلا أنها موقوفة رواها سعيد بن منصور ، والبيهقي. عن عمر بن الخطـاب قال : " لقد هممت أن أبعث رجالا إلى هذه الأمصار ، فينظروا كل من له جدة ولم يحج ، فيضربوا عليه الجزية ، ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين " . لفظ سـعيد ، ولفظ البيهقي : أن عمر قـال : ليمت يهوديا أو

نصرانيا ـ يقولها ثلاث مرات ـ رجل مات ولم يحج ووجد لذلك سعة وخليت سبيله .

قلت : وإذا انضم هذا الموقوف إلى مرسل ابن سـابط ، علم أن لهـذا الحديث أصلا ، ومحمله على من استحل الترك ، وتبين بذلك خطأ من ادعى أنه موضوع ، وا أعلم ''[1] .

وقد عد الشوكاني هذا الحديث صالحا للحجة بمجموع طرقه ، يقـول : هذه الطرق يقوي بعضها بعضا ، وبذلك يتبين مجازفة ابن الجوزي في عده لهذا الحديث من الموضوعات ، فإن مجموع تلك الطرق لا يقصر عن كون الحديث حسنا لغيره ، وهـو محتج به عند الجمهور ، ولا يقدح في ذلك قول العقيلي والدارقطني لا يصح في الباب شيء ؛ لأن نفي الصحة لا يستلزم نفي الحسـن .... إلى آخر ما ذكره[2] .

وعن وجه الاستدلال بالحديث يقـول الكاساني : ألحق الوعيد بمن أخر الحج عن أول أوقـات الإمكان ؛ لأنه قال من ملك كذا فلم يحج ، والفاء للتعقيب بلا فصل ، أي لم يحج عقيب ملك الزاد والراحلة بلا فصل[3] .

وقد أجاب من يرى التراخي على هذا الدليل بعدة أجوبة ، يقول النووي : '' الجواب عن حديث { فليمت إن شاء يهوديا } فمن أوجه :

أحدها : أنه ضعيف كما سبق[4] .

والثاني : أن الذم لمن أخـره إلى الموت ، ونحن نوافق على تحريم تأخيره إلى الموت ، والذي نقول بجوازه هو التأخير بحيث يفعل قبل الموت .

---

(١) تلخيص الحبير ٢ / ٤٢٥ ، ٤٢٦ .

(٢) نيل الأوطار ٤ / ٢٨٥ .

(٣) البدائع ٢ / ١١٩ .

(٤) وهو قولـه : حديث أبي أمامة رواه الدارمي في مسنده والبيهقي في سننه بإسناد ضعيف . قال البيهقي : وهذا وإن كان إسناده غير قوي ، فله شاهد من قول عمر بن الخطاب رضي ا عنه فذكر بإسناده عنه نحوه . المجموع ٧ / ٥١ .

الثالث : أنه محمول على من تركه معتقدا عدم وجـوبه مع الاستطاعة ، فهـذا كافر، ويؤيد هذا التأويل أنه قال : { فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانيا } وظاهره أنه يموت كافرا ، ولا يكون ذلك إلا إذا اعتقد عدم وجوبه مع الاستطاعة ، وإلا فقد أجمعت الأمة على أن من تمكن من الحج فلم يحج ومات لا يحكم بكفره ، بل هو عاص ، موجب تأويل الحديث لو صح . وا أعلم ،،[1] .

ولا يسلم للنووي فيمـا ذكـره من ضعف الحديث ؛ لأن ابن حجـر ـ الشافعي المذهب أيضا ـ قد ذكرأن لهذا الحديث أصلا بما ثبت من الموقوف، وربما يكون معنى الأصل الذي يقصده أن الحديث لم ينشئ حكما جديدا مستقلا ، وإنما هو يدور في معنى يؤيده الشرع ، هـذا من جهة معناه ، ومن جهة سنده فإن المرسل منه يرجع لسند هذا الموقوف اعتضادا واحتجاجا . وإذا كان ابن حجر لم يصرح بثبوت الحديث مرفوعا ، فإن الشوكاني قد جزم بذلك فيما سبق ذكره .

وأما قول النووي بأن الذم لمن أخـره إلى الموت ، ونحـن نوافق على تحريم تأخيره إلى الموت ، والذي نقول بجوازه هـو التأخير بحيث يفعل قبـل الموت . قوله هذا مما تتسع له دلالة الحديث ، كما أنها تتسع لمن يرى الفور من لزوم الإثم بالتأخير قبـل الموت . فالإثم بالموت قد يرجع لما هو مباح أو غير مباح ، فالأول كالدائن الذي له أن يفسح فترة السـداد طول حيـاة مدينه ، ولا يشترط عليه السداد عند اليسـار ، فلو مات الدائن دون أن يسدد فإن ذمته تظل مشغولة ما لم يسدد عنه دينه . والآخـر كإنذار الكتاب الكريم غير المؤمنين بالوعيد بعـد الموت ، فالإيمان با سبحانه وببقية أركان الإيمـان واجب يمتد ويبسط على عمر الإنسان منذ بلوغه حتى موته ، ويأثم المرء بتأخيره في حياته قبل موته .

إذا تقرر هـذا ، فإننـا يمكن ترجيح إحدى دلالتي الحديث بأمور أخرى غيره ، وليس أقرب في ذلك مما ورد في موضوعه من أقـوال الصحابة رضي

---

(١) المجموع ٧ / ٩١ .

ا عنهم ، وقد سبق ذكر قول عمر رضي ا عنه في ذلك ، أعني الرواية التي لم يذكر فيها الموت ، وهي ما صح من قوله : (لقد هممت أن أبعث رجالا إلى هذه الأمصار ، فينظروا كل من له جدة ولم يحج ، فيضربوا عليه الجزية ، ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين) . فهذا يدل بوضوح على عدم جواز تأخير الحج بعد عام الاستطاعة ، كما أن هذه الرواية تفسر وتقيد الرواية الأخرى التي جاء فيها ذكر الموت .

وأخيرا فإن ما ذكره النووي ـ وكذا ابن حجر ـ من حمل الحديث على غير المسلمين ظاهرا وباطنا ، غير مسلم به أيضـا ؛ لأن الأصل في نصوص الشريعة وجزاء مخالفتها أن تخاطب المسلمين ، ولا يخرج نص عن هذا الأصل إلا بدليل صريح في دلالته .

ثم إن الصلاة ـ وهي أعظم ركن في الإسلام بعد الشهادة ـ ورد فيهـا كثيـر من النصوص بتكفير تاركها وأنهـا العهد الذي بيننا وبينهم ، ولم يخص جمهرة الفقهاء ـ ومنهم الشافعية ـ هذه النصوص بمستحل الترك ، وإنما قالوا بأنها تخاطب المسلمين ، والتعبير بالكفر فيها لبيان عظم الجرم .

وليس الصلاة والحج وحدهما اللذين ورد فيهما مثل هذه الألفاظ ، فتصديق الساحر ، وقتال المسلم ، والعبد الآبق ، ومن انتسب لغير أبيه ، والنائحة ....[1] كل ذلك ـ وغيره كثير ـ ورد فيه لفظ الكفـر ـ أو ما يشابهه ـ ولم يرد به

---

(١) راجع بعض أبواب كتاب الإيمان من الصحيحين ، مثل باب كفران العشير وكفـر دون كفـر ، وباب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك، وباب وإن طَائِفَتَان مِن المؤْمِنِين اقْتَتَلُوا فَأَصلِحوا بينَهما فسماهم مؤمنين : من صحيح البخاري. وباب بيان حال إيمان من قال لأخيه المسلم يا كافر ، وباب بيان معنى قول النبي صلى ا عليه وسلم لا ترجعوا بعدي كفـارا يضرب بعضكم رقاب بعض ، وباب إطلاق اسم الكفر على الطعن في النسب والنياحة : من صحيح مسلم .

وجدير بالذكر أن النووي نفسه لم يرجح قول من حمل هذه النصوص على المـستحل خـلال عرضه أقوال العلماء في توجيهها ، كما أن ابن حجر لم يوجه النصوص الواردة في الأبواب السابقة إلى المستحل أيضا .

غير المسلم .

(٦) كما استدل من يقول بالفور بدليل الاحتياط ، وأن الموت من سنة لأخرى غير نادر ، وآيات الكتاب التي تأمر بالمسارعة إلى الخيرات والتحذير من إتيان الأجل كثيرة فيه ، فهذا كله يمكن أن يكون قرينة على الفور حتى تبرأ ذمة المرء قبل موته[(١)] .

هذه هي أهم أدلة من يرى الفور ، ويمكن بعد أن وقفنا على أدلة الفريقين ترجيح أدلة الفور ؛ لأنها سلمت في بعضها من الطعن فيهـا ، ولأنها في أغلبها نصوص قولية نص في الموضوع ، بخلاف أدلة التراخي التي عمدتها دليـل فعلي سبق حمل معناه على دلالات أخرى غير التراخي ، ولأنها ليست نصا في الموضوع كأدلة الفور ، كما أن جميعها لم يسلم من توجيه الطعون إليها .

---

(١) فتح القدير ٢ / ٤١٣ ـ بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ .

الفصل الثاني

تقـادم المعـاملات

تقادم خيار العيب[1] في البيع

ذهب **الحنفية**[2] **والحنابلة**[3] **والظاهرية**[4] **والزيدية**[5] **والإمامية**[6] إلى أن خيار العيب في البيوع على التراخي ، فالمشتري إذا اطلع على عيب في المبيع فأخر رده فإن ذلك لايبطل خياره ، وقد تفاوتت هذه المذاهب في تفسير دلالات تصرفات المشتري في المبيع ، بين الاعتداد ببعض تصرفاته في كونهـا دليلا على الرضا بالمبيع فيسقط بذلك خياره ، وبين كونها لا تدل على الرضا بها وأن خياره يظل قائما .

يقول ابن الهمام : إذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة ـ بأن كـان هناك حاكم ـ فلم يفعل ، ولم يفعل ما يدل على الرضا ، فعندنا لا يبطل خيار الرد منه ، وعند الشافعي يبطل[7] .

ويقول ابن قدامة : خيار الرد بالعيب على التراخي ، فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره ، حتى يوجد منه ما يدل على الرضـا . ذكره أبو

---

(1) خيار العيب هو كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبـا . وأما خيار الشرط فهو ما يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ . وأما خيـار المجلس أو العقد فهو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدورالإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظـل فيهـا العاقدان منصرفين إلى التعاقد ، دون إظهار إعراض من أحدهما عن التعاقد ، وتنتهـي بـالتفرق ، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد .

انظر في تعريف هذه المصطلحات : الموسوعة الفقهية ـ وزارة الأوقاف والشئون الدينية الإسلامية بالكويت ـ : خيار العيب ، خيار الشرط ، خيار المجلس .

(2) فتح القدير ٦ / ٣٩١ ـ بدائع الصنائع ٥ / ٢٧٤ .

(3) المغني ٤ / ١٠٩ ـ شرح منتهى الإرادات للبهـوتي ٢ / ٤٨ ، عالم الكتب ، بدون تاريخ ـ كشاف القناع ٣ / ٢٢٤ .

(4) المحلى ٧ / ٥٨٤ ، ٥٨٥ .

(5) البحر الزخار ٤ / ٣٦٢ ـ التاج المذهب ٢ / ٤٢٨ .

(6) شرائع الإسلام ٢ / ٣٣ .

(7) فتح القدير ٦ / ٣٩١ .

الخطاب. وذكرالقاضي شيئا يدل على أن فيه روايتين إحداهما هو على التراخي، والثانية هو على الفـور ، وهو مذهب الشافعي ، فمتى علم العيب فأخر رده مع إمكانه بطـل خياره ؛ لأنه يدل على الرضا به ، فأسقط خياره كالتصرف فيه . ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص ، ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا به[1] .

أما ابن حـزم فلم يسلم بتوجيه دلالة تصرفات المشتري على الرضـا بالمبيع إلا إذا صرح بذلك ، يقـول : ومن اطلع فيما اشترى على عيب يجب به الرد ، فله أن يرد سـاعة يجد العيب ، وله أن يمسك ثم يرده متى شـاء ، طال ذلك الأمد أم قرب . ولا يسقط ما وجب له من الرد تصرفه بعـد علمه بالعيب بالوطء ، والاستخدام ، والركوب ، واللباس ، والسكنى ، ولا معاناته إزالة العيب ، ولا عرضه إياه على أهـل العلم بذلك العيب ، ولا تعريضه ذلك الشيء للبيع .

ولا يسقط ما وجب له من الرد إلا أحد خمسة أوجه لا سادس لها ، وهي نطقه بالرضا بإمساكه ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو إيلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهـاب عين الشيء أو بعضها بموت أو غيره . وهو قول أبي ثور ، وغيره .

ومن ادعى سقوط ما وجب له من الرد بشيء مما ذكرنا قبـل فقد ادعى ما لا برهان له به ، وهذا باطل .

وبرهان صحة قولنـا هو أن الرد قد وجب له باتفاق منا ومن مخالفينا ، وبما ورد من براهين القرآن والسـنة في تحريم الغش وإيجاب النصيحة . فهو على ما وجب له ، لا يجوز أن يسـقط عنه إلا نص ، أو إجمـاع متيقن ، ولا سبيل إلى وجودهما ههنا ، وليس شيء مما ذكرنا قبل رضا[2] .

---

(١) المغني ٤ / ١٠٩ .

(٢) المحلى ٧ / ٥٨٤ ، ٥٨٥ .

وأما **المالكية** فقد ذهبـوا إلى وجوب رد المبيـع المعيب على الفـور ، وللمشتري رد هذا المبيـع إذا مكث عنده اليوم ونحوه إذا حلف بأن تأخيره هذه المدة لم يكن رضا به ، يقـول عليش في شرحه على خليل : (و) إن اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع بعد شرائه ، وسكت مدة ثم أراد رده على بائعه به فلم يقبله وادعى أن سكوته رضا بعيبه ، وأنكر المشتري كونه رضا به (حلف) المشتري أن سكوته ليس رضا (إن سكت) المشتري بعد علمه عيب المبيع عن رده (بلا عذر) مانع له من رده (في اليوم) ونحوه ، فإن حلف فله الرد وإن نكل فلا ، في المدونة وكذلك لو مضى بعد علمه وقت يرد في مثله ولكن لا يعد راضيا لقربه كيوم ونحوه ، ويحلف با إن لم يكن منه رضا ولا كان إلا على القيـام . ومفهوم '' في اليوم '' أنه لو سكت زمنـا يدل على رضاه فلا يرد ، ومفهوم '' بلا عذر '' أنه إن سكت لعذر فله الرد مطلقا وهو كذلك فيهما[1] .

وأما **الشافعية** فقد أوجبوا الرد على الفور أيضـا ، وأن أي تأخير دون عذر فيه يسقطه ، والفور هنا لا يعني أن يقطع المشتري كل ما يشغله عن الرد، فلا يؤخـر صلاة ، ولا يقطع طعاما ، وينتظر الصباح إن علم العيب ليلا وغير ذلك من موانع .

يقول صاحب المهذب : '' إن أخره من غير عذر سقط الخيار ؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الشفعة ''[2].

ويقول النووي في ذلك : '' استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين أحدهما : أن الأصل في البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى ا عليه وسلم في حديث : { المتبايعان بالخيار ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحـد منهما البيع فقد وجب البيع } متفق عليه ، وذلك يقتضي لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق . ثم إنا أثبتنا الخيار

---

(١) منح الجليل ٥ ١٧١ .

(٢) المهذب ١١ / ٣١٤ .

بالعيب بالدليل الدال عليه من الإجماع وغيره ، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص ، فيجري فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن . ولأن الضرر الذي شـرع الرد لأجله يندفـع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخيـر تقصير فيجري عليـه حكم اللزوم الذي هو الأصل . الدليل الثاني : ما ذكره المصنف رحمه ا من القياس على خيار الشفعة . وفيه احترازات ''[1] .

وخيار الشفعة عند الشـافعية قد ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال[2] ، ولذا فهو يجب عندهم على الفور ، كما يقاس عليه هنا خيـار العيب للاشتراك معه في هـذا المعنى ، بيـد أن النووي قد ذكـر في ذلك بعض الاحترازات والإيرادات ، يقـول : '' قال ابن معن : احترز بقوله (ثبت بالشرع) من خيـار الشرط في البيع ، وبقوله (لدفع الضرر عن المال) عن خيار الأمة إذا عتقت تحت عبد إذا قلنا ليس الخيار على الفور[3] ، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الإيلاء ، ومن الخيار بين القصاص والدية .

قال بعض الفضلاء : وهو[4] منقوض بخيار المجلس ، فإنه ثبت بالشـرع لدفع الضرر عن المال، وليس على الفور. وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما ، وذلك على وجه التروي والنظر في المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فإنه قد لا يكـون ثم ضرر أصلا ، ولا يسـتند إلى ظهور وصف في المبيع .

---

(١) المجموع ١١ / ٣٣١ .

(٢) انظر المسألة القادمة ' تقادم الشفعة ' ص ٣٣٢ .

(٣) يقول الشربيني الخطيب في خيار الأمة المعتقة في البقاء مع زوجها العبد : (والأظهر أنه) أي خيار العتق (على الفور) كما في خيـار العيب في رد المبيع . والثاني : يمتد ثلاثة أيام من حـين علمها بالعتق ؛ لأنها مدة قريبة فتتروى فيها . وقيل : تبقى ما لم يمسها مختارة أو تصرح بإسقاطه . مغني المحتاج ٣٥١/٤ .

(٤) أي قول صاحب المهذب السابق في تعليل الفور في خيار العيب : '' إن أخره بغير عذر سـقط الخيار ؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة '' .

وقد يورد على المصنف في ذلك خيـار التصرية[1] على قـول أبي حامد المروذي[2] ، فإنه خيار ثبت بالشـرع لدفع الضرر عن المال ، ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبي حامد . وقد يجاب عن هـذا بأن أبا حامد يجعـل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبـا بدليل أنه يثبته مع العلم ، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال[3] .

وقد يورد على المصنف أيضـا الخيار الذي أثبته النبي صلى ا عليـه وسلم لحبان بن منقذ[4] ، فإن ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وهو يمتد ثلاثة أيام . ويجـاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشـار إليه الشافعي رضي ا عنه . ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبي حامـد ، بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه ''[5] .

---

(١) الثابت من قوله صلى ا عليه وسلم (لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد فإنـه بخيـر النظرين بعد أن يحتلبها : إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاع من تمـر) . البخـاري ، كتـاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة .

(٢) نسبة إلى مروذ بلدة بخراسان ، وهي غير مرو التي بخراسان أيضا . المصباح المنير : مرأ .

(٣) بل هـو لدفع الضرر عن المـال حتى مع علم المشتري بالتصرية ؛ وذلك إذا ظهر له خـلال الثلاث تأثير التصرية وأن اللبن قد جاء أقل مما هو معتاد ، فله رد المبيع دفعا للضرر عنه ، فخيار التصرية أو الوصف أو كشف الحال إنما يرجع في أصله إلى خيار العيب . ثم إذا كان تحديد الثلاث ليس لأجل اختبار مقدار الحلب والوقوف على حجم الضرر المتوقع فلأي شيء يكون ؟! .

(٤) هو خيار الشرط ، فعن محمد بن يحيى بن حبان قال : هو جدي منقذ بن عمرو ، وكان رجـلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه ، وكان لا يدع على ذلك التجارة ، وكان لا يـزال يغـبن ، فأتى النبي صلى ا عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال له : إذا أنت بايعت فقل لا خِلابة ، ثم أنت فـي كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فارددها على صاحبها .

والآمة : الشجة التي تبلغ أم الدماغ . والخلابة الخديعة باللسان . (مختار الـصحاح : أمـم ، خلب) .

والحديث في الصحيحين من رواية ابن عمـر رضي ا عنه وليس فيه ذكـر الثلاث ، وهـو بالرواية والمتن المذكورين هنا عند ابن ماجة ، كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يفسد ماله .

(٥) المجموع ١١ / ٣٣١ : ٣٣٣ .

وبعد استعراض آراء المذاهب[1] في المسألة يمكن ترجيح قول الشافعية، من القول بوجوب رد المبيع المعيب على الفور ، على أن يكون معنى الفور هنا هو ما يتعارف عليه أهل كل مهنة وتخصص . وقبل أن ندلل لهذا الترجيح نذكر أن أدلة من قال بالتراخي غير مسلم بهـا ؛ فأما ما ذكره ابن قدامة من القياس على تراخي اختيار القصاص أو الدية ، فهذا قياس مع الفارق ؛ وذلك لاختلاف الفقهاء في موجب القتل العمد هل القود أم الدية ؟ وما يترتب على ذلك من لزوم رضا الجاني باختيار ولي الدم الدية ، وأما خيار العيب فإن البائع يجبر فيه على رد المبيع إليه .

وأما ما ذكـره من أن إمساك المشتري المبيع لا يدل على الرضـا به ، فهذه مسألة مترتبة على سـابقة لها ، وهي هل يحق للمشتري أن يحتجز المبيع المعيب مدة طويلة متراخية ؟. وقد أجاب ابن حـزم في كلامه السـابق بجواز ذلك؛ حيث لا يوجد نص يحدد لذلك مدة فيبقى على أصله من جواز رفع الضرر اللاحق به من المبيع المعيب . ولكن لا يسلم لابن حزم قوله هذا؛ وذلك لما ذكره النووي في كلامه السابق أيضا من أن الأصل في البيع هو اللزوم ... إلى آخر ما ذكره ، ويمكن القول أيضـا بأن خيار العيب إذا كان قد شرع لرفع الضرر عن المشتري، فلا بد من مراعاة تحقيق ذلك بما لا يضاعف الضرر على البائع، فإن تأخير المبيـع في يد المشتري زمنا متطاولا يضاعف غالبـا الضرر على البائع ، وأقل هذا الضرر هو تعطيل مال البائع ومنعه من الاتجار به ـ خاصة إذا كان هناك أكثر من مشتر يحتجز المبيع ـ ويفوت عليه فرصة التصرف فيه بأدنى خسـارة . هذا على افتراض أن ثمن المبيع لم يقـل بمرور الزمن بعدم ظهور ما هو أفضل منه . وفضلا عن هذا فإن مرور سنوات مثلا على المبيع المعيب ، وهو في يد المشتري ، لابد أن يحدث نزاعا بينه وبين البائع عند رده، وذلك في تحديد المتسبب في وجود العيب ، وهذا ما يمكن تفاديه غالبا في القول

---

(١) عدا المذهب الإباضي ، حيث لم أقف في شرح النيل على مدة خيار العيب عندهم ، وإن كـانوا تناولوا فيه تفاصيل أخرى .

بوجوب الرد على الفور .

وعلى هذا ، وتحقيقا للعـدل بين طرفي البيع فإنه يمكن القـول بأن رد المبيع المعيب إنما يرجع فيه للعوائد والأعراف فيما يعد تأخيرا مضرا للبائع أو غير مضر ، ما دام هذا الأمر لن يلحق ضررا بالمشتري ، بل ربمـا تكون المصلحة له في الرد المبكر ، حتى لا يظـن به بأنه هو المتسبب في الضرر . وهذا كله إذا كان المبيع لم يرفق بقسيمة الضمان التي ترفع هذا الخلاف .

ولعلنا نستأنس لهذا بقول الكاساني الذي خالف مذهبه في المسألة ، يقول: '' والأصل في شرعية هذا الخيار ما روي عن رسول ا صلى ا عليه وسلم أنه قال : { من اشترى شاة محفلة ، فوجدها مصراة ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام، وفي رواية ، فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة إن شـاء أمسك ، وإن شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر }[1] ، والنظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد ، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت ؛ لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بنـاء الأمر على الغالب المعتاد ؛ لأن المشترى إن كـان به عيب يقف عليـه المشتري في هذه المدة عـادة ، فيرضى به فيمسكه ، أو لا يرضى به فيرده ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري ، علمه رسول ا صلى ا عليه وسلم بطريق المشاهدة ، وا عز وجل أعلم ''[2] .

(١) راجع تخريجه ص ٣٢٩ هامش ١ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٧٤ .

تقـادم الشـفعة

اختلف الفقهـاء في الشفيع الذي يبلغه بيع شريكه ما يخصه من المبيع ، هل يجب عليه أن يطالب بشفعته فور علمه ، وإلا سـقط حقه في ذلك ، أم أنه يحق له الاعتراض حتى بعد زمن متقادم ولا يسقط حقه فيها ؟.

رأي الحنفية[1]

قسـم الحنفية مطالبة الشفيع بشفعته إلى طلب المواثبة ثم طلب التقرير والإشهاد ثم طلب الخصومة والتملك .

١ ـ طلب المواثبة : وهو أن يطلب الشفيع شفعته فور علمه ببيع شريكه، ودليل هذه المواثبة هو قوله صلى ا عليه وسلم (الشفعة لمن واثبها)[2] وقوله أيضا صلى ا عليه وسلم (الشفعة كحل العقال)[3] . ولأن حق الشفعة ضعيف فيبطل بالإعراض عن المطالبة به ، لأن سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع يدل على رضاه بذلك .

ووجوب المطالبة فور العلم هو قول الإمام وصاحبيه وعامة المشايخ ، وعن محمد قول آخر وهو أن للشفيع التأمل إلى آخـر المجلس كالمخيرة ؛ لأنه

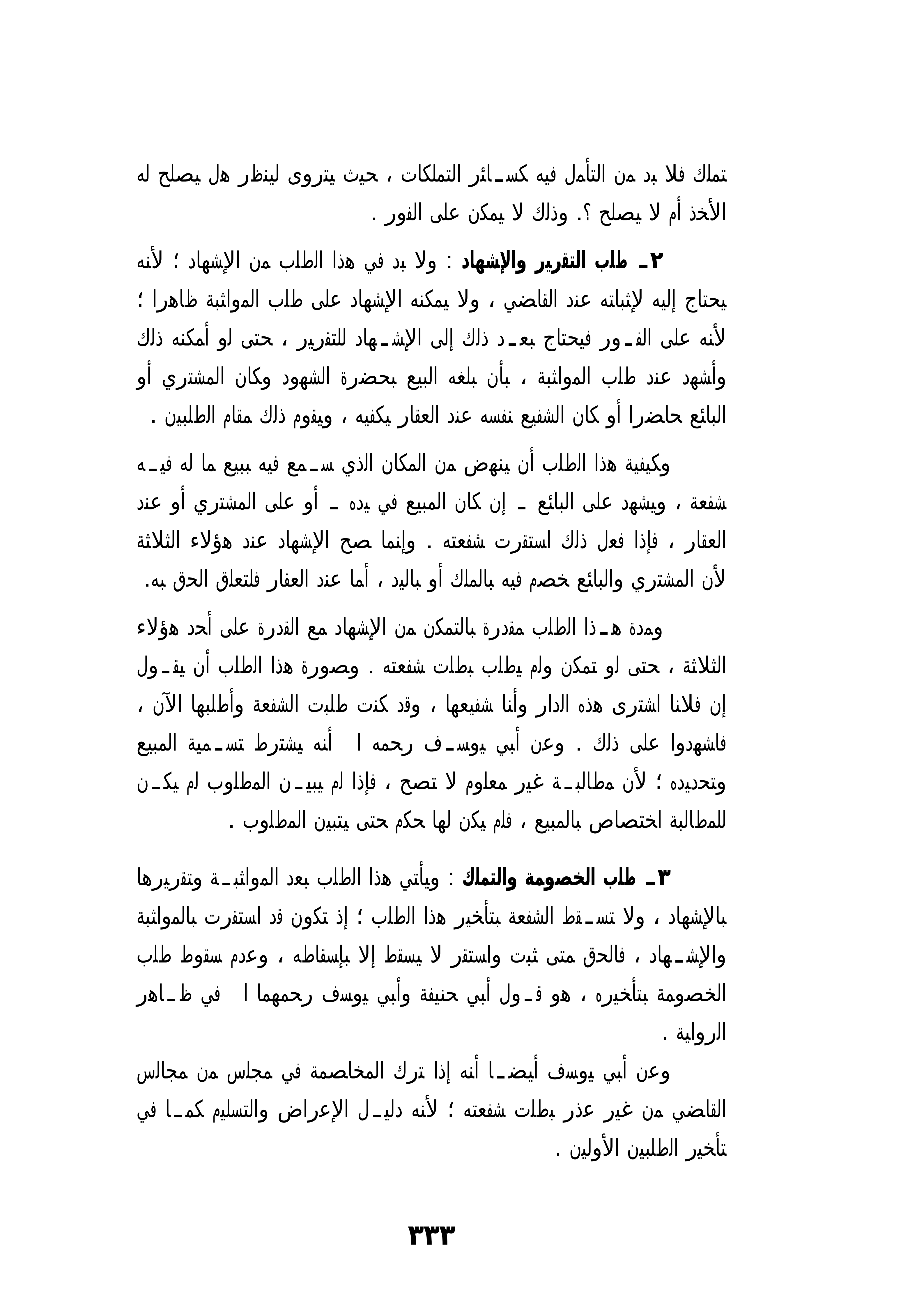
---

(١) الهداية ٢٨:٢٦/٤ ـ تبيين الحقائق ٢٤٢/٥ : ٢٤٤ ـ حاشية الجلبي على التبيين ٢٤٤:٢٤٢/٥

(٢) حديث غير ثابت ، قال عنـه الزيلعي : '' غريب ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح : إنما الشفعة لمن واثبها . وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحـديث في باب كلام التابعـين '' . نصب الراية ١٨٦/٤ من منشورات المجلس العلمي بالهنـد وباكستان وجنوب إفريقية ، بدون تاريخ .

كما قال عنه ابن الملقن : غريب ، ولم أر من ذكره من أهـل العلم غير المطرزي في المغرب مفسرا له . خلاصة البدر المنير ١٠٢/٢ مكتبة الرشد بالرياض ، طبعة أولى ١٤١٠هـ . كما ذكر ابن حجر عنه بأنه لم يجده . الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٠٢/٢ . وانظر قول شريح : مصنف عبد الرزاق ، باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها ، ٨٣/٨ .

(٣) حديث غير ثابت أيضا ، ابن ماجة ، باب طلب الشفعة . وانظر ما قاله الزيلعي وابن حجر في تضعيف سنده . نصب الراية ١٧٦/٤ ، ١٧٧ ، تلخيص الحبير ٥٦/٣ .



تملك فلا بد من التأمل فيه كسـائر التملكات ، حيث يتروى لينظر هل يصلح له الأخذ أم لا يصلح ؟. وذلك لا يمكن على الفور .

٢ـ طلب التقرير والإشهاد : ولا بد في هذا الطلب من الإشهاد ؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي ، ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهرا ؛ لأنه على الفـور فيحتاج بعـد ذلك إلى الإشـهاد للتقرير ، حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة ، بأن بلغه البيع بحضرة الشهود وكان المشتري أو البائع حاضرا أو كان الشفيع نفسه عند العقار يكفيه ، ويقوم ذلك مقام الطلبين .

وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سـمع فيه ببيع ما له فيـه شفعة ، ويشهد على البائع ـ إن كان المبيع في يده ـ أو على المشتري أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته . وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاثة لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد ، أما عند العقار فلتعلق الحق به.

ومدة هـذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته . وصورة هذا الطلب أن يقـول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسـف رحمه ا أنه يشترط تسـمية المبيع وتحديده ؛ لأن مطالبـة غير معلوم لا تصح ، فإذا لم يبيـن المطلوب لم يكـن للمطالبة اختصاص بالمبيع ، فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب .

٣ـ طلب الخصومة والتملك : ويأتي هذا الطلب بعد المواثبـة وتقريرها بالإشهاد ، ولا تسـقط الشفعة بتأخير هذا الطلب ؛ إذ تكون قد استقرت بالمواثبة والإشـهاد ، فالحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه ، وعدم سقوط طلب الخصومة بتأخيره ، هو قـول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما ا في ظـاهر الرواية .

وعن أبي يوسف أيضـا أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته ؛ لأنه دليـل الإعراض والتسليم كمـا في تأخير الطلبين الأولين .

وقال محمد رحمه ا : إن أخر هذا الطلب شـهرا من غير عذر بطلت شفعته، وعنه أيضا أنه قدره بثلاثة أيام، لأنه لو لم تسقط بتأخيره للحق المشتري ضرر من جهتـه ، لأنه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه ، وهو مدفوع ، قـال صلى ا عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)[1] . وتعليل رواية الأيام الثلاثة هو أنهـا ضربت لإبلاء الأعذار ، كإمهـال الخصم للدفع والمدين للقضاء . ورواية الشهر ـ وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف رحمهم ا ـ بأنه آجل وما دونه عاجل[2] .

ووجه ظاهر الرواية هو أن حقه قد تقرر بالإشهاد ، فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق . وما ذكر من الضرر يمكن للمشتري إزالته بأن يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر الشفيع بالأخذ أو بالترك ، على أنه مشكل بما إذا كان الشفيع غائبا، حيث لا تسـقط بالتأخير ولو كان ضرره مراعى لسقطت ؛ إذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكـون حاضرا أو غائبا ، ولو كان التأخير بعـذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالإجمـاع وإن طالت المدة ؛ لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره .

رأي المالكيـة

ورد عن الإمام مالك روايتان في الوقت الذي ينقطع فيه حق الشفعة عن الشفيع الحاضر العالم ببيع شريكـه ، الأولى أنه لا حد لذلك ، والأخـرى أن له حدا .

---

(١) الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق .

ابن ماجة ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره .

مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، مسند ابن عباس رضي ا عنهما ، رقم ٢٨٦٢ .

(٢) المدار الذي حكم به الحنفية في جعل الشهر فما فوقه بعيدا أو آجلا ، وما دونه قريبا أو عاجلا ، هو العرف ، وهذا ما عبر عنه صاحب الهداية بقوله : '' ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتـك منـذ شهر ''. الهداية ٤ / ١٠٢ .

وجه الرواية الأولى هـو قول النبي صلى ا عليه وسلم (إنما الشفعة فيما لا يقسم)[1] ، وهذا على عمومه في الأوقات والأحوال . ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على إزالته عن نفسه بتوقيفه ، فإذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حـق الشفيع بمضي المدة كذلك . كما أن للمشتري قيمة ما أحدثه من عمارة .

ووجه الرواية الثانية أن في ترك الشفيع على شفعته إضرارا بالمشتري ومنعا له من التصرف في ملكه بالعمارة والإنفاق له ، فكان له حد ينتهي إليه ، يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة[2] .

والأشهر عند المالكية ـ على الرواية الثانية ـ أن تكون مدة الشـفعة سنة ، لأن السـنة قد جعلت قدرا لقطع الأعذار في الغيبة وغيرهـا ، فكذلك في التمكن من القيام بالشفعة . وروى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب ، وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقطع الشفعة مضي السنة إلا أن يوقف . وقال : لا أرى الخمس سنين طولا . وروي عن أصبغ هو على شفعته السنتين ونحوه[3] .

رأي الشـافعية

الأظهر عندهم أن الشـفعة على الفور ، يقـول صاحب مغني المحتاج : (والأظهر أن الشفعة) بعد علم الشفيع بالبيع (على الفـور) ؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، والمراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التمليك ، ومقابل الأظهر أقوال :

---

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الشريك من شريكه .

مسلم ، كتاب المساقاة ، باب الشفعة .

(٢) المنتقى ٢٠٩/٦ .

(٣) المنتقى ٢٠٩/٦ ، بداية المجتهد ١٩٨/٢ .

أحدها تمتد إلى ثلاثة أيام .
وثانيها تمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص .
وثالثها أنها على التأبيد ما لـم يصرح بإسقاطها أويعرض به كبعه لمن شئت[١].

وقد استثنى الشافعية عشر صور لا يشترط فيها الفور ، هي :
الأولى : لو شرط الخيار للبائع أو لهما فإنه لا يأخذ بالشفعة ما دام الخيار باقيا.
الثانية : له التأخير لانتظار إدراك الزرع وحصاده على الأصح .
الثالثة : إذا أخبر بالبيع على غير ما وقع ، من زيادة في الثمـن فترك ثم تبين خلافه ، فحقه باق .
الرابعة : إذا كان أحد الشفيعين غائبـا فللحاضر انتظـاره وتأخير الأخـذ إلى حضوره .
الخامسة : إذا اشترى بمؤجل .
السادسة : لو قال لم أعلم أن لي الشفعة وهو ممن خفي عليه .
السابعة : لو قال العامي لم أعلم أن الشفعة على الفور .
الثامنة : لو كان الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوبا، فإن كان في يد رجل شقص من دار فغصب على نصيبه ثم باع الآخر نصيبه ثم رجع إليه فله الشفعة ساعة رجوعه إليه .
التاسعة : الشفعة التي يأخذها الولي لليتيم ليست على الفـور ، بل في حق الولي على التراخي قطعا ، حتى لو أخرها أو عفا عنها لم يسقط لأجل اليتيم .
العاشرة : لو بلغه الشراء بثمن مجهول فأخر ليعلم لا يبطل[٢] .

رأي الحنابلـة

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى أنهـا على التراخي ، لا تسقط ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على

---

(١) مغني المحتاج ٣٠٧/٢ .
(٢) السابق : الموضع نفسه .

الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك .

والدليل على فورية الشفعة هو حديث (الشفعة كنشطة عقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها)[١] ، وحديث (الشفعة لمن واثبها)[٢] ، وكذلك القياس على خيار الرد بالعيب . كما أن التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارته خشية أخذه منه. ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتهـا ، مع تعب قلبه وبدنه وضياع وقته . ومن حدد الشفعة بثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط فإنه تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع[٣] ، ثم هو باطل بخيـار الرد بالعيب[٤] .

رأي الظاهرية

ذهب ابن حزم إلى أن حق الشفعة لا يسقط إلا بترك الشفيع له ، وقد رد على من وقت حق الشفعة بالفور أو بمدة محددة بأنه لم يرد في ذلك نص ، وكذا لم يرد في الإشهاد عليها ما يوجب ذلك .

وقد ضعف أدلة المخالفين سندا ومتنا، يقول : '' نزع بعض المموهين بقول مكذوب موضوع مضاف إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم (الشفعة كنشطة عقال) و(الشفعة لمن واثبها). وهذا خبر رويناه من طريق البزار قال: نا محمد بن المثنى ، نا محمد بن الحارث ، نا محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن عبد ا بن عمر عن النبي صلى ا عليه وسلم قال : (لا شفعة لغائب ولا لصغير، والشفعة كحل العقال ، من مثل بمملوكه فهو حر، وهو

(١) حديث غير ثابت . انظر ما قاله ابن حجر فيه : تلخيص الحبير ٥٦/٣ ، ٥٧ .

(٢) التعليق السابق . وراجع ص ٣٣٢ هامش ٢ ، ٣ .

(٣) وذلك لأن خيار الشرط عند الحنابلة وآخرين لا يلزم أن يكون ثلاثة أيام . انظر المغني ٣٨/٦ .

(٤) المغني ٤ / ١٨ .

مولى ا   ورسوله ، والناس على شروطهم ما وافقوا الحق)[1] .

أفيكون أعجب من مخالفتهم كل ما في هـذا الخبر واحتجاجهم ببعضه ، فبعضه حق وبعضه باطل ؟!. أف لهذه الأديان . وأما الشـفعة لمن واثبها ، فما يحضرنا الآن ذكـر إسنادها ، إلا أنه جملةً لا خير فيه ، وابن البيلماني ضعيف مطرح ، ومتفق على تركه .

وأما لفظ (لمن واثبها) فهو لفظ فاسـد ، لايحل أن يضـاف مثله إلى رسول ا   صلى ا   عليه وسلم ؛ لأن قول القائل (الشفعة لمن واثبها) موجب أن يلزمه الطلب مع البيـع لا بعده ؛ لأن المواثبة فعـل من فاعلين ، فوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده ؛ لأن التأني في الوثب لا يسمى مواثبة .

وأما قوله '' الشفعة كنشطة عقال '' فمعناه ظاهر ، ولا حجة لهم فيه ؛ لأن نشط العقال هو حل العقال ، وكذلك الشفعة ، لأنهـا حل ملك عن المبيع وإيجابه لغيره فقط .

وقد جعل ا   تعالى حق الشفيع واجبا ، وجعله على لسان رسوله صلى ا   عليه وسـلم المصدق أحق ، إذا لم يؤذن قبل البيع ، فكل حق ثبت بحكم ا   تعالى ورسوله صلى ا   عليه وسلم فلا يسقط أبدا إلا بنص وارد بسقوطه ، فإن وقفه المشتري على أن يأخذ أو يترك لزمه أحد الأمرين ، ووجب على الحاكم إجباره على أحـد الأمرين ؛ لأنه قد أعطي حقـه فلا ينبغي له تضييعه ، فهو إضاعة للمال ، ولابد من أخذه ، أو أن يبيحه لغيره ، وإلا فهو غاش غير ناصح لأخيه المنصف له . وأما من منع حقه ولم يعطه ، فليس سقوطه عن طلبه قطعا لحقه ، ولو سكت عمره كله . ولا يختلفون فيمن غصب مالا أو كان له دين أو ميراث أو حق ما ، فإن سقوطه عن طلبه لا يبطله ، وأنه على حقه أبدا ، فمن أين خصوا حق الشفعة من سائر الحقوق بهذه التخاليط ''[2] ؟!.

---

(١) نصب الراية ١٧٧/٤ .

(٢) المحلى ١٠ / ١٨ : ٢٠ .

رأي الزيديـة

ذكر ابن المرتضى أن الشـفعة على الفور ، و رد على من قدر ذلك بخيار المجلس كالبيع بأن الشفعة إسقاط فيختلف حكمها . واستثنى من الفور ما إذا كانت بإخبار غير الثقة ، أو الثقة الواحد ظاهرا لا باطنا[1] . هذا وقد خالف الشوكاني مذهبه في المسألة، حيث يرى أنها على التراخي، وقد نقل أقوال بعض النقـاد في عدم ثبـوت حديثي (الشفعة كحل العقال) ، (الشفعة لمن واثبها) اللذين استدل بهما من قال بأنها على الفور[2] .

مناقشـة وترجيح

وبعد عرض آراء المذاهب في المسألة يمكن ترجيح أدلة من قال بأن الشفعة ليست على الفور، وذلك لعدم صحة النصين الواردين في ذلك، وما ذكره من قال بالفور من لحوق الضرر بالمشتري إذا لم تكن الشفعة على الفور فغير مسلم به ؛ لأن المشتري يستطيع أن يحجم الضرر عنه بدءا بتوقيف الشـفيع ، فإذا ترك هذا التوقيف كان هو المتسبب في إضرار نفسه .

كما أن ما ذكـره ابن قدامة من أن الشفعة خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فغير مسلم به أيضا ؛ إذ إن ابن قدامة نفسه يقول : '' خيار الرد بالعيب على التراخي ، فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره ، حتى يوجد منه ما يدل على الرضا . ذكره أبو الخطاب . وذكر القاضي شيئا يدل على أن فيـه روايتين : إحداهما هو على التراخي . والثانية هو على الفور ''[3] .

---

(١) البحر الزخار ١١/٥ .

(٢) السيل الجرار ٣/ ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٣) المغني ١٠٩/٤ وقد سبق ذكر قوله هذا في المسألة السابقة ص ٣٢٥ ، ٣٢٦ .

وإذا كان ابن قدامة لم يلتفت إلى الضرر الذي قد يقـع على البائع برد المبيع إليه بعد زمن متقادم، مع احتمال عدم علمه بأن المبيع معيب، فكان الأولى ألا يلتفت أيضا إلى الضررالذي قد يقـع على المشتري في الشفعة ، حيث يملك هذا المشتري رفع الضررعن نفسه بتوقيف الشفيع .

كما لا يصح أن يستدل من قال بفورية الشفعة بأن سكوت الشـفيع على البيع برغم علمه يدل على رضاه به ، بحيث لا يحق له الاعتراض بعـد ذلك ، يقول الشعبي : '' من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له ''[1] . لا يصح الاستدلال بهذا؛ لأنه لا ينسب لساكت قول إلا ما ورد به النص كإذن البكر صماتها ، وإلا ما تحقق ضرره في السكوت ولم يكن ثم سبيل آخر لرفعه ، كما قد يكون الشفيع لم يأخذ قراره بعد وأنه ما زال يفكر فيما هو أصلح له فلا يفتئت على رأيه ، ثم لماذا يعتد بسكوت الشفيع ولا يعتد بسكوت المشتري أيضـا عن توقيف الشفيع ؟!.

هذا ، وإذا كان قد تبين عدم صحة سند النصين اللذين استدل بهما من قال بفورية الشفعة ، فإنه يصبح من نافلة القول نقد متنهما أيضا، خاصة إذا كان هذا النقد غير مسلم به ، يقـول ابن حزم : '' وأما لفظ (لمن واثبها) فهو لفظ فاسد ، لا يحل أن يضاف مثله إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم ؛ لأن قول القائل (الشفعة لمن واثبها) موجب أن يلزمه الطلب مع البيع لا بعـده ، لأن المواثبة فعل من فاعلين ، فوجب أن يكـون طلبه مع البيع لا بعده ؛ لأن التأني في الوثب لا يسمى مواثبة ''[2] .

فالملاحظ هنـا أن التبرير الذي قدمه ابن حزم ـ وهو أن المواثبة فعل من فاعلين ، فوجب أن يكـون طلبه مع البيع لا بعده ؛ لأن التأني في الوثب لا يسمى مواثبة ـ لقوله '' قول القائل (الشـفعة لمن واثبها) موجب أن يلزمه

---

(١) أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجزم، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع.

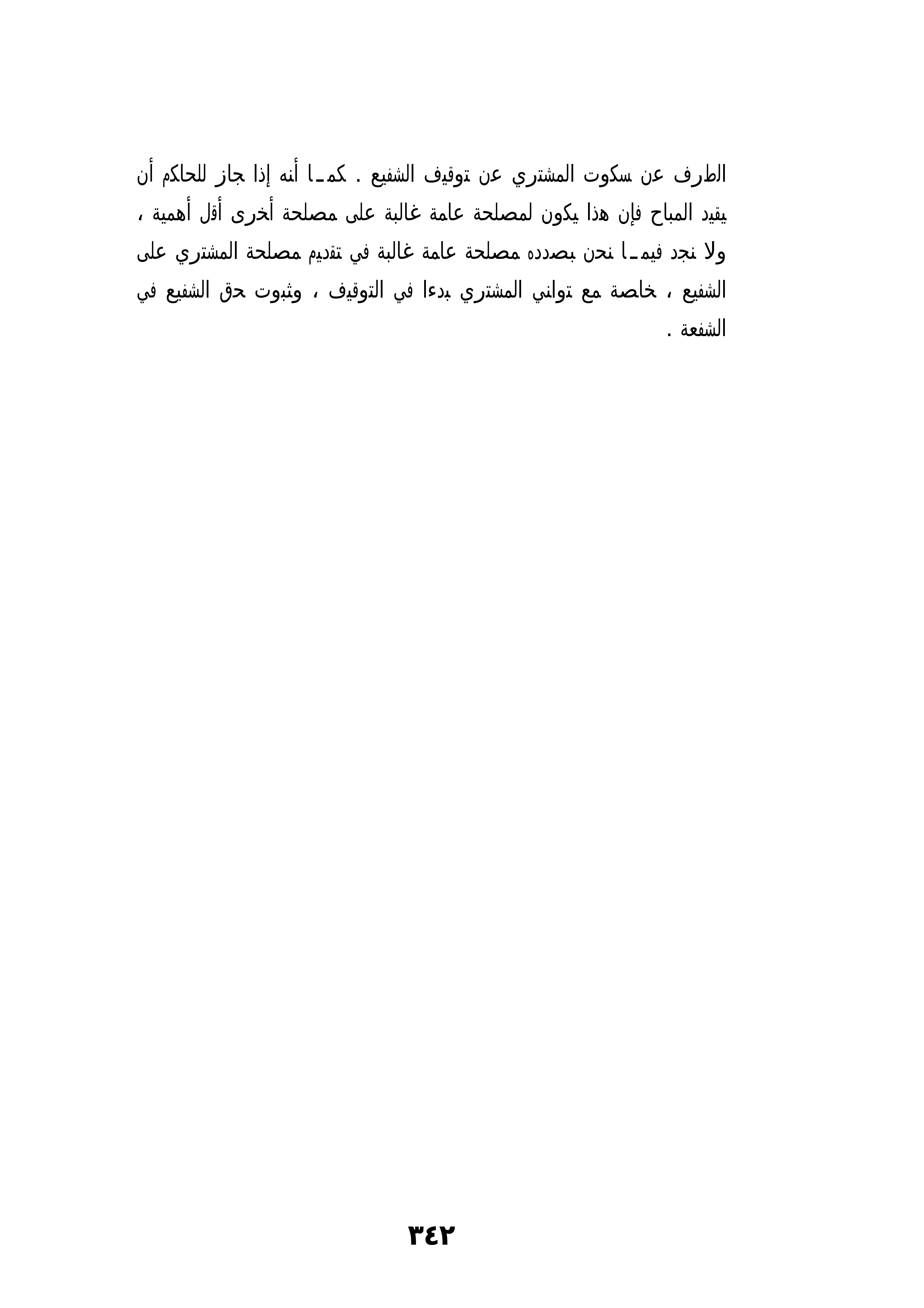
(٢) المحلى ١٩/١٠ .

الطلب مع البيع لا بعده '' تبريره هذا غير صحيح ؛ لأن الشفيع إذا كـان يعلم بالبيع ثم لم يواثب بشفعته فلا شفعة له بمفهوم المخالفة للحديث ، أما إذا كان لا يعلم بالبيـع فلا سبيل للحديث إليه ؛ إذ إن الحديث لا يتجه إلا للشفيع الذي يعلم بالبيع ، إثباتا لمن واثب ، ونفيا لمن لم يواثب دون عذر. فأي اضطراب إذن في لفظ الحديث ومعناه ؟!. فالمواثبة بالشفعة متعلقة بالعلم بالبيع لا البيع نفسه .

كما لا يسلم لابن حزم في توجيهه متن النص الآخر ، يقـول : '' وأما قوله (الشفعة كنشطة عقال) فمعناه ظاهر ، ولا حجة لهم فيه ؛ لأن نشط العقال هو حل العقال وكذلك الشفعة؛ لأنها حل ملك عن المبيع وإيجابه لغيره فقط''[1]. لا يسلم له هذا ؛ لأن لفظ الحديث في رواية أخرى هو (الشفعة كنشطة عقال ، إن قيدت ثبتت ، وإن تركت فاللوم على من تركها) فالشفيع يملك شفعته والقيـد على المشتري إذا ما هو طالب بهـا ، ولا يحل هذا القيد عن المشتري إلا بترك الشفيع المطالبة بشفعته ، ولو كانت الشفعة على التراخي لصار هـذا القيد في الحديث لغوا . وعلى أية حـال فإن الحديث غير ثابت - كما سبق - فلا يصح الاستدلال به .

هذا وقد نصت المادة (٩٤٠ مدني) على أنه '' على من يريد الأخـذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيهـا إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليـه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعـاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك '' . وهذا النص لا يخالف ما سبق عرضه من توقيف المشتري الشفيع بالأخذ أو الترك . على أن المادة (٩٤٨/ب) نصت على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة '' إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع '' وهذا ربما يكون فيه تعد على حق الشفيع ؛ فقد لا يعلم بالبيع ، وحتى لو كـان يعلم بالبيع فلابد من توقيف المشتري إياه؛ إذ إن إسقاط حق الشفيع في المطالبة بشفعته ليس بأولى من غض

(١) السابق : الموضع نفسه .



الطرف عن سكوت المشتري عن توقيف الشفيع . كمـا أنه إذا جاز للحاكم أن يقيد المباح فإن هذا يكون لمصلحة عامة غالبة على مصلحة أخرى أقل أهمية ، ولا نجد فيمـا نحن بصدده مصلحة عامة غالبة في تقديم مصلحة المشتري على الشفيع ، خاصة مع تواني المشتري بدءا في التوقيف ، وثبوت حق الشفيع في الشفعة .

تقـادم اللقطـة

اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي ينقطع بعدها التعريف باللقطة ، فذهب الحنفية إلى أن تحديد المدة إنما يرجع إلى قدر المال الملتقط ، يقول السرخسي : ما يجده نوعان : أحدهما ما يعلم أن مالكه لا يطلبه كقشـور الرمان والنوى . والثاني ما يعلم أن مالكـه يطلبه . فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به ، والنوع الثاني من يرفعه عليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله إلى صاحبه ، والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شيء ، وإنما يعرفها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته ، حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا ؛ لأن هذا مال خطير يتعلق القطـع بسرقته ويتملك به ما له خطر ، وفيمـا دون العشرة إلى ثلاثة يعرفها شهرا، وفيما دون ذلك إلى الدرهم يعرفها جمعة ، وفي دون الدرهم يعرف يوما ، وفي فلس أو نحوه ينظر يمنة ويسرة . وشيء من هذا ليس بتقدير لازم ؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكنـا نعلم أن التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ، ولا طريق له إلى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبني على غالب رأيه ، ويعرف القليل إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك[1] .

ويقول الزيلعي مدللا لرأي مذهبه ومخالفيه ، وشارحا قول صاحب الكنز (وعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها) : أي عرف اللقطة إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبهـا ، وروى محمد عن أبي حنيفة أنه إن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا ، وقوله أياما أي على حسب ما يرى. وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك والشافعي ، ووجهه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن لقطة الذهب والورق ؟ فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها

---

(١) المبسوط ـ بحذف واختصار ـ ١١ / ٢ ، ٣ . وللإباضية رأي قريب للحنفية في المـسألة . انظر : النيل وشرحه ١٢ / ١٥٦ ، ١٥٧ .

إليـه . وسئل عن ضالة الإبل ؟ فقال : ما لك ولهـا ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسئل عن الشاة ؟ فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب . رواه مسلم والبخـاري وغيرهما[١]. فقدره بسنة من غير فصل بين القليل والكثير .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا ، وفيما فوق العشرة إلى المائتين شهرا ، وفي العشرة جمعة ، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفي درهم يوما . قدر لكل لقطة ما يليق بحالها . وعنه عليه الصلاة والسـلام { أنه مر بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها } رواه البخاري ومسلم[٢]. وقال جابر رضي الله عنه : { رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصـا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به } رواه أبو داود[٣] . وقال عليه الصلاة والسلام لأبي بن كعب : { عرفهـا فإن جـاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائهـا فأعطها إياه ، وإلا فاستمتع بها } رواه مسلم وأحمد[٤] . فهذه الأخبار بعضها مقدرة بحول وبعضها بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير ، فهذا يدلك على أن التقدير ليس بلازم وإنما هو مفوض إلى رأي الملتقط[٥] .

وللمالكية رأي قريب من الحنفية ، فقد قدروا التعريف للمال الكثير بسنة، وجعل بعض فقهاء المذهب السنة أيضـا حدا للمال دون الكثير وفوق التافـه

---

(١) البخاري ، كتاب في اللقطة ، باب ضالة الغنم .
مسلم ، كتاب اللقطة ، صدر الكتاب .
(٢) البخاري ، كتاب في اللقطة ، باب إذا وجد تمرة في الطريق .
مسلم ، كتاب الزكاة ، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى آله .
(٣) أبو داود ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة .
(٤) البخاري ، كتاب في اللقطة ، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه .
مسلم ، كتاب اللقطة ، صدر الكتاب .
أحمد ، مسند الأنصار ، حديث سويد بن غفلة عن أبي بن كعب .
(٥) تبيين الحقائق ـ بحذف واختصار ـ ٣ / ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

كالدريهمات والدلو وما شابه ذلك ، ولكن ما عليه أكثر أهل المذهب هو التعريف به أياما فقط[١] .

واتفق الشافعية مع المالكية في القول بالتعريف سنة للمال الكثير، والقليل المتمول فيه قولان في المذهب : تعريفه سنة ، أو زمنا يغلب معه على الظن أن فاقده لا يطلبه بعده كأيام ونحوها . وأما ما لا يتمول كحبة بر وزبيبة فلا يجب تعريفه ، ويستبد به واجده . فقد قيل : إن عمر رضي ا تعالى عنه سمع رجلا ينشد في الطواف زبيبة ، فقـال : إن من الورع ما يمقته ا . ومر صلى ا عليـه وسلم مرة بتمرة في الطريق فقـال : (لولا أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها)[٢] .

وأما الحنابلة فقد أوجبوا التعريف عاما في قليـل المال وكثيره ، وأما ما لا تتبعه همة أوساط الناس وما لا يهتمون في طلبه ، كالسوط والشسع والرغيف والتمرة والعصـا والحبل .... وكل ما لا خطـر له ، فلم يوجبوا له تعريفـا ، واستدلوا بحديث جابر رضي ا عنه السابق قال : رخص النبي صلى ا عليه وسلم في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به[٣] .

وأما الظاهرية[٤] والإمامية[٥] فقد أوجبوا التعريف عاما أيضـا في لقطة المال باختلاف مقاديرها ، وقد ضعف ابن حزم جميع الروايات التي ورد فيهـا تحديد غير العام مدة للتعريف[٦] .

وأما الزيدية فقد أوجبوا العام أيضا في كثير المال ، وأما الحقير فقد نقل ابن المرتضى عن الإمام زيد والناصر والقاسمية بأنه كالكثير ، ونقل عن المؤيد

---

(١) مواهب الجليل ٦ / ٧٣ .

(٢) سبق تخريجه هامش ٢ السابق ، وانظر مغني المحتاج ٣ / ٥٨٩ ، ٥٩١ .

(٣) أبو داود ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة . وانظر : المغني ٤/٦ – مطالب أولي النهى ٤ / ٢١٧ .

(٤) المحلى ٧ / ١١٧ ، ١١٨ .

(٥) الروضة البهية ٧ / ١٥٦ .

(٦) المحلى ٧ / ١١٧ ، ١١٨ .

والإمام يحيى القـول بتعريفه ثلاثة أيام ، وهـو ما رجحه ابن المرتضى لرفع المشقة والحرج[1].

وبعد استعراض آراء المذاهب في المسـألة يمكن تقسيم لقطة المال إلى ثلاثة أنواع :

الأول : لقطة المال الكثير ، فهذه تعرف سـنة ، وهو ما عليـه غالب الفقهاء ، ولا يلزم التعريف أكثر من سنة ؛ لاضطراب الرواية في ذلك .

الثاني : لقطة المال القليل ، وتقدير القليل إنمـا يرجع لعرف كل مصر، وقد اختلف الفقهـاء فيه : هل يعرف سنة كالكثير ، أم يكفيه مدة يسـيرة كأيام ونحوها؟. ومن قال بتعريف سنة استند إلى عموم النص الوارد في تحديد السنة، ومن قـال بتعريف مدة يسيرة استند إلى حديث يعلى بن مرة رضي ا عنـه مرفوعا : (من التقط لقطة يسيرة ، حبلا أو درهما أو شبه ذلك ، فليعرفها ثلاثا، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام) ، فالمال القليل جدا يعرف ثلاثة ، والقليل يعرف ستة . لكن يمكن الجواب على هذا بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج ، يقول ابن حجر تعليقا على قول الرافعي (روي في بعض الأخبار '' من التقط لقطة يسيرة فليعرفها ثلاثة أيام '') :'' أحمد والطبراني والبيهقي واللفظ لأحمد، من حديث عمر بن عبد ا بن يعلى ، عن جدته حكيمـة ، عن يعلى بن مـرة مرفوعا : { من التقط لقطة يسيرة حبلا أو درهما أو شبه ذلك ، فليعرفها ثلاثة ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام } . زاد الطبراني : { فإن جاء صاحبها وإلا فليتصدق بهـا ، فإن جاء صاحبها فليخبره } . وعمر مضعف قد صرح جماعة بضعفه ، نعـم أخرج له ابن خزيمة متابعة ، وروى عنه جماعات . وزعم ابن حزم أنه مجهول ، وزعم هو وابن القطان أن حكيمة ويعلى مجهولان ، وهو عجب منهما ، لأن يعلى صحابي معروف الصحبة .

(تنبيه) : إنما قال الرافعي: روي في بعض الأخبار، لأن إمام الحرمين قال في النهاية : ذكـر بعض المصنفين هذا الحديث ، وعنى بذلك الفوراني فإنه

---

(١) البحر الزخار ٥ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

قال : فإن صح فهو معتمد ظاهر . قلت : لم يصح لضعف عمر''[1].

ولا يعني تضعيف ابن حجر للحديث تصويب رأي من قال بتعريف المال القليل سـنة كاملة ؛ لأن أحاديث تحديد السنة إنمـا وردت في المال غير القليل فتختص به، إذ يظل صاحبه يطلبه طول العام لكثرته ، بخلاف المال القليل الذي لا يطلبه ـ عادة ـ هذه المدة ، بل ربما ينساه بعد زمن قليل من ضياعه .

فالقـول بتحديد سنة كاملة فيـه تنفير من التقاطه ، كما أن بعض أهـل الحديث لم يضعف هذا الحديث ، يقـول الشوكاني : قال ابن رسلان : ينبغي أن يكون هذا الحديث معمولا به ؛ لأن رجـال إسناده ثقات ، وليس فيه معارضة للأحاديث الصحيحة بتعريف سـنة ، لأن التعريف سنة هو الأصل المحكوم به عزيمة ، وتعريف الثلاث رخصة تيسيرا للملتقط ؛ لأن الملتقط اليسير يشق عليه التعريف سنة مشقة عظيمة بحيث يؤدي إلى أن أحدا لا يلتقط اليسير، والرخصة لا تعارض العزيمة ، بل لا تكون إلا مع بقـاء حكم الأصل كما هـو مقرر في الأصول . ويؤيد تعريف الثلاث ما رواه عبد الرزاق عن أبي سـعيد { أن عليا جاء إلى النبي صلى ا عليه وسلم بدينـار وجده في السوق ، فقال النبي صلى ا عليه وسلم : عرفه ثلاثا ، ففعل فلم يجد أحدا يعرفه ، فقال : كله }[2] .

وخروجا من الخلاف في الحكم على الحديث ، يمكن القـول بأن المال القليل يجب تعريفه مدة يتيقن معها الملتقط أن صاحبه لا يطلبه بعدهـا ، تحقيقا لعلة تشريع تعريف اللقطة .

الثالث : وأما النوع الثالث من لقطة المال ، فهو ما لا يؤبه به ، وقد عبر عنه الفقهاء بالحقير أو التافه أو ما شابه ذلك من ألفاظ تدل على انعدام قيمته أو كادت ، وغالب الفقهاء يرون أن هذا الملتقَط لو كان عينا ككسرة الخبز والتمرة

---

(١) التلخيص الحبير ٣ / ١٦٢ .

(٢) نيل الأوطار ٥ / ٣٣٧ وانظر الحديث : التلخيص الحبير ٣ / ١٦٣ فقد ضعف الطريق الذي ورد فيه ذكر الثلاث .

والسوط المتهالك وما شابه ذلك فإنه لا يعرف ؛ قياسا على حديث التمرة ، وهذا القيـاس إنمـا يتم في جميع وجوهه في كـل مطعوم دون غيره ؛ لأن في ترك التمرة إفسادا لهـا ، ولذا كان أكلها أحق من تركها . كما أن تعريفها عبث تتنزه عنه شريعتنا ؛ فمن يكون صاحبها ـ وهي ملقاة في الطريق ـ في مدينة رسول ا صلى ا عليـه وسلم ذات النخيـل المتكاثر ؟!. ومن يبحث عن تمـرة في المدينـة ؟!! . هذا إن علم صاحبها بفقدها .

أما إذا كانت هـذه العين غير مطعومة كالنعـال والملابس المتهالكة ، وبعض أجـزاء الأجهزة التالفـة ، وفوارغ الأشـياء كالعبوات البلاستيكية أو الزجاجية والكراتين والأكياس وغير ذلك من أشياء يمكن الاستفادة منها مباشرة أو بإعادة تصنيعها ، فإن عدم التعريف بها إنما يتم إذا كانت ملقاة في الطرقات ، أو في سباطة قوم ، أو في سياق يعلم من حاله أن صاحبها قد ألقاها بنفسه رغبة عنها ، فلهذا السبب وحده لا تعرف مثل هذه الأشياء .

أما إذا كانت اللقطة نقـدا ، كأن تكون عشرة قروش[١] مثلا ، فإن من يجدها في الطريق يعرفها ـ كما قال الحنفية ـ بالنظر يمنة ويسرة أو بالانتظار قليلا أو بسؤال من وجدت بجواره ، خاصة إذا وجدت في سيارة لنقل الركاب مثلا ؛ إذ إن صاحبها لا يطلبها أياما فضلا عن سنة .

---

(١) وهي تساوي عشر الجنيه المصري .

تقادم نفقة الزوجة والأقارب

أولا تقادم نفقة الزوجة

ذهب الجمهور من المالكية[1] ، والشـافعية[2] ، وأظهر الروايتين عنـد الحنابلة[3] ، والظاهـرية[4] ، والزيدية[5] ، والإمامية[6] ، والإباضية[7] إلى أن نفقـة الزوجة لا تسقط بالتقادم ، حيث تظل دينا على زوجها مثل سائرالديون ، ومن أدلتهم ما ثبت عن عمـر رضي ا عنه أنه كتب إلى أمراء الأجنـاد أن انظروا من طالت غيبته ، أن يبعثوا نفقة أو يرجعوا أو يفارقوا ، فإن فارق فإن عليه نفقة ما فارق من يوم غاب[8] .

يقول ابن قدامة : قال ابن المنذر : هـذه نفقة وجبت بالكتاب والسـنة والإجماع ، لا يزول ما وجب بهذه الحجج[9] إلا بمثلها . ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة . وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لتزجية الحـال ، فإذا مضى زمنهـا استغني عنها ، فأشبه ما لو استغني عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك . إذا ثبت هـذا ، فإنه إن ترك الإنفاق عليهـا مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر ؛ لأن الزائد سقط بإعساره[10] .

---

(١) القوانين الفقهية ص ١٩٣ .

(٢) الروضة ٧٦/٩ ، فتح الوهاب ٢٠٦/٢ ، ٢٠٧ .

(٣) المغني ٨ / ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٤) المحلى ٣٢٦/١١ ، ٣٢٧ .

(٥) التاج المذهب ٢٨٢/٢ .

(٦) شرائع الإسلام ٢٩٤/٢ .

(٧) شرح النيل ١٤/١٤ .

(٨) أثر ثابت الإسناد ، انظره : مصنف عبد الرزاق ٩٣/٧ ـ مسند الشافعي ٢٦٧/١ دار الكتب العلمية ببيروت ، بدون تاريخ ـ المحلى ٣٢٢/١١ ـ خلاصة البـدر المنيـر ٢٥٧/٢ ـ تلخيص الحبير ١٠/٤ .

(٩) وهي أدلة المخالف ، وسيأتي ذكرها .

(١٠) المغني ٨ / ١٦٦ .

وقد ذهب الحنفية[١] والرواية الأخرى عند الحنابلة إلى أن النفقة تسـقط عن الزوج بمضي المـدة ما لم يفرضها الحاكم ولا اصطلح الزوجـان على مقدارها ، فلا تسقط بالتقادم إذا تحقق أحد الأمرين ، وقد استدل ابن قدامة لهذه الرواية بأن النفقة تجب يوما فيوما ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب . ولأن نفقـة الماضي قد استغني عنهـا بمضي وقتها فتسقط كنفقـة الأقارب[٢] . وقد أجاب ابن قدامة نفسه على هذا في نقله السابق عن ابن المنذر.

أما الحنفية فقد رأوا أن النفقـة لما صارت بالفرض أو التراضي صارت في المطالبة بهـا كسائر الديون[٣] ، كما أنها تعد عوضا واجبا من وجه وصلة ورزقا من وجه آخـر ، فمن حيث كونهـا جزاء الاحتباس للإتيان والاستئناس وإصلاح أمر المعيشة هي عوض ، ومن حيث كونها لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة ، كإعفاف كل الآخـر وحفظ النسب وتحصيل الولد ، هي صلة كرزق القاضي والمفتي[٤]، فلا تملك إلا بالقبض. فلاعتبار أنها عوض قال الحنفية بأنها تثبت إذا قضي بها أواصطلحا ؛ لأن ولايته على نفسـه أعلى من ولاية القاضي عليـه . ولاعتبار أنهـا صلة قالوا بسقوطها بمضي المدة من غير قضـاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الإمكان . وذكر بعضهم أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط ؛ لأن النفقة إذا سقطت بيسير الزمن لما تمكنت الزوجة من الأخذ أصلا .

هذا ويمكن ترجيح رأي الجمهور على رأي الحنفية في المسألة ؛ لأن مفهوم الخطاب لقول الحنفيـة عن النفقة (بأنها لما صارت دينـا بالفرض أو بالتراضي صارت في المطالبة بها كسائر الديون) ، هو أنها لا تصير دينا قبل فرض القاضي أو التراضي، أي ليست واجبة، فهل يقول الحنفية بعدم الوجوب؟.

---

(١) فتح القدير ٣٩٣/٤ ـ بدائع الصنائع ٢٨/٤ ، ٢٩ .

(٢) المغني ٨ / ١٦٦ .

(٣) فتح القدير ٣٩٣/٤ .

(٤) يقول سبحانه وتعالى وعلى المولُودِ له رِزقُهن البقرة ٢٣٣، فقد سمى سبحانه النفقة رزقا .

كما أن ما ذكروه من كونها عوضا وصلة فيجب إعمالها على الحالين فغير مسلم به أيضـا ؛ إذ إنـه ما من واجب إلا ويحمـل معنى الندب ـ غير الواجب ـ كالصلاة والزكاة وسائر الفرائض ، فما دام وجد سبب الوجوب فلا يعطله أدناه ، وسبب وجوب النفقة هو الاحتباس[1] ، متقادما كان هذا الاحتباس أو غير متقادم ، وليس الاصطلاح على النفقة أو فرض القاضي إلا مؤيدا لهذا الحق وليس منشئا له . كما أن تسمية الكتاب النفقة رزقا كـان قبل اصطلاحات الفقهاء وتقسيماتهم ، ثم لو سلمنا بما قالوه فالرزق هنـا مرتبط بحال الرضاع ، قال تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2] .

ثانيا: تقادم نفقة الأقارب

ذهب الجمهور من الحنفية[3] ، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] ، والزيدية[6] ، والإمامية[7] إلى أن نفقة الأقارب تسقط بمضي الزمن ما لم يستدن من تجب له ؛ لأنها شرعت للكفاية ، أما وقد حصلت الكفاية دونها فلا حاجة إليهـا . يقول الكاساني: المسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة، حتى لو فرض القاضي نفقـة شهر للقريب ، فلم يقبض ولا استدان عليـه حتى مضت المدة سقطت النفقة ؛ لأن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها

---

(١) ولا يتخلف عن هـذا الحكم كون الزوجة صغيرة لا تطيق إتيانها ، كذلك لو كانت كبيرة ناشزا في بيت الزوجية .

(٢) البقرة ٢٣٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٨/٤ .

(٤) روضة الطالبين ٨٥/٩ .

(٥) المغني ٨ / ١٦٦ .

(٦) التاج المذهب ٢٩٢/٢ .

(٧) الروضة البهية ٨٣/٥ .

إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه . وا أعلم[1] .

وقد استثنى المالكيـة من سقوط نفقة الأقارب بالتقـادم فرض القاضي وكذلك أخذهـا من غير متبرع بعـد فرضها ، يقول عليش في شرحه لخليل : '' (وتسقط) نفقة القرابة (عن) الشخص (الموسر بمضي الزمن) فإذا تحيـل الوالد أو الولد المعسر في نفقتـه ، وأخذها من غير من وجبت عليـه ، وأراد الرجوع بها على من وجبت عليه فلا يقضى له به ؛ لأنها لسد الخلة وقد حصل (إلا لقضية) أي لفرضها من حاكم فلا تسقط عن الموسر بمضي الزمن (أو) أي وإلا أن (ينفق) على الوالد أو الولد شخص (غير متبرع) بعد فرضها فله الرجوع عليه ''[2] .

وللإباضية رأي مشابه للمالكية في عدم السقوط بالتقـادم ، يقول شارح النيل عن المحتاج : '' وهكذا كل وقت فاته ، ولو بعـد الحكم ، لا يدرك ما له فيه إلا إن حكم الحاكم له بمقدار مخصوص للغداء وبمقدار مخصوص للعشاء ، قيـل أو أصلح الناس بينهما على ذلك ورضيا به أو اصطلحا على ذلك ، فإنه يدرك كل ما فاته بعد الحكم أو الرضا أو الاصطلاح ''[3] .

ويمكن ترجيح رأي الجمهور في المسـألة ؛ إذ إن حكم القاضي وإن أوجب الحق ظاهرا فإن واقع الأمر يشهد بأن المنفق عليه قد كفى أمر نفسـه ، حيث لم يستدن لما يطالب به مما مضى عليه من الزمن ، فيصبح ما يريد أخذه زائدا عن حاجته ، وهذا ينافي سبب وجوب هذه النفقة .

---

(١) بدائع الصنائع ٣٨/٤ بيسير تصرف .

(٢) منح الجليل ٤ / ٤١٦ ، ٤١٧ .

(٣) شرح النيل ٦٣/٤ هذا ولم يذكر ابن حزم رأي مذهبه في تقادم نفقة الأقارب عندما تناول أحكام هذه النفقة . المحلى ٣٤٢/١١ : ٣٥٦ .

تقــادم الغيــاب

لتقـادم الغياب ـ ومن أهـم صوره الزوج المفقود ـ أثره في تغييـر الأحكام التي تتعلق بالزوجية ، فقد ذهب **الحنفية** إلى أنه لا يفرق بيـن المفقود وامرأته ، يقـول المرغيناني في هدايته وبدايته : قـال (ولا يفرق بينه وبيـن امرأته) . وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينـه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت ؛ لأن عمر رضي ا عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينـة وكفى به إماما ، ولأنه منع حقها بالغيبـة فيفرق القاضي بينهما بعـد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة . وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما : الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين . ولنا قوله صلى ا عليه وسلم في امرأة المفقود : إنهـا امرأته حتى يأتيها البيان . وقول علي رضي ا عنه فيها: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق. خرج بيـانا للبيان المذكور في المرفوع . ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبـة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك . وعمر رضي ا عنه رجع إلى قول علي رضي ا عنه . ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأودة ، والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة[١] .

ويشرح ابن الهمام هذا بقوله : قوله (ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر رضي ا عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولأنه منع حقهـا بالغيبة) وإن كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة) فإنه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك ، وهذا منه في الإيلاء ، بناء على أنه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة ، بل

---

(١) الهداية ومعها الفتح ٦ / ١٤٥ : ١٤٧ .

بتفريق القاضي بعدهـا ، وبعد هذا الاعتبار أخـذ في المدة الأربع من الإيلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) .

وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة : أن رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي ا عنه ، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق .

وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال : دخلت الشعب فاستهوتني الجن ، فمكثت أربع سنين ، ثم أتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الأول . وأخرجـه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه : فقال له عمر لما جـاء : إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال : بل زوجني غيرها ، ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره .

ورواه الدارقطني وفيه : ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا .

وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي ا عنه قال : أيمـا امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو ، فإنهـا تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعـة أشهر وعشرا ثم تحل .

وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود : تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا .

وأسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد : تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا : تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجهـا ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا .

قال المصنف (ولنا قوله صلى ا عليه وسلم في امرأة المفقود : إنهـا

امرأته حتى يأتيها البيان) . أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب : حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسـول ا صلى ا عليه وسلم : امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان . وفي بعض نسخه " حتى يأتيها الخبر " وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل . قال ابن أبي حاتم عن أبيـه : إنه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل . وقال ابن القطـان : وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه .

ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر ، وهو ما روى عبد الرزاق : أخبرنا محمد بن عبد ا العزرمي عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضي ا عنه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيهـا موت أو طلاق . أنبأنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن عليا مثله . وقال : أخبرنا ابن جريج قال : بلغني أن ابن مسعود وافق عليا على أنها تنتظر أبدا .

وأخرج ابن أبي شـيبة عن أبي قلابة وجابر بن يزيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا : ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته .

وقولـه (ولأن النكاح إلخ) الحاصل أن المسـألة مختلفة بين الصحابة رضوان ا عليهم أجمعين . فذهب عمر إلى ما تقدم . وذهب علي رضي ا عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان . والشأن في الترجيح ، والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالأصالة ، وما ذكر من موافقته ابن مسعود مرجح آخر .

ثم شـرع المصنف في مرجح آخـر فقال (ولأن النكاح عرف ثبـوته والغيبة لا توجب الفـرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكـاح بالشك . وذكر أن عمر رضي ا عنه رجع إلى قول علي) . ذكره ابن أبي ليلى قال : ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي : امرأة المفقود ، وامرأة أبي كنف ، والمرأة التي تزوجت في عدتها .

وقولنـا في الثلاث قول علي رضي ا عنه ، فامرأة المفقـود عرفت ، وأما امرأة أبي كنف فكـان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم

قدم فوجدها قد تزوجت ، فأتى عمر رضي ا عنه فقص عليه القصة فقال له : إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بهـا ، وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل ، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم : إن لي إليها حاجـة فخلوا بيني وبينهـا ، فوقع عليهـا وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعرفوا أنه جاء بأمر بين . وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقهـا إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني ، لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ، ثم رجع إلى قول علي أن مراجعته إياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أو لا .

وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعى إليها زوجها فتعتد وتتزوج ، وكان مذهبه فيها إذا أتى زوجها حيا يخيره بين أن ترد عليه وبين المهر ، وقد صح رجوعه إلى قول علي وهو أن يفرق بينها وبين الثاني ولهـا المهر عليـه بما استحل من فرجها ، وترد إلى الأول ولا يقربهـا حتى تنقضي عدتها من ذلك .

قال (ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضـاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي . قال (ولا بالعنة) لأن في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها[1] .

ويلخص الزيلعي أدلة مذهبه بقوله : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود (إنها امرأته حتى يأتيها البيان) وقال علي رضي ا عنه فيها : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه . فكان بيانا للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكـاح حقه وهو حي في إبقـاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق بينه وبينها ، وقد صح رجوع عمر إلى قول علي رضي ا

---

(١) فتح القدير ٦ / ١٤٥ : ١٤٧ .

عنهمـا فلا يلزم حجة ، والتفريق في الإيلاء لرفع الظلم ولا ظلم في المفقود فلا يقاس عليه ، ولأنه كان طلاقا معجلا فأجله الشارع فكان إيقاعا بخلاف الغيبة فلا تقـاس عليه ولا على العنة ؛ لأن الغربة يعقبها الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء[١] .

أما **المالكية** فالمفقود عندهم خمسة أقسـام : مفقود في بلاد الإسـلام في غير زمن الوباء أو فيه ، ومفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام ، ومفقود في أرض الشرك ، ومفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار[٢] .

فالأول ينتظر أربع سنين ويتم خلالها السـؤال والبحث عنه في مظـان وجوده ، يقول الخرشي: الراجح أن هذه المدة تعبد لفعل عمر وأجمعت الصحابة عليه ، وقيل لأنها غاية أمد الحمل ، أو لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسـلام ذهابا وإيابا . ومحل التأجيل المذكور مع دوام النفقة ، بأن يكون للمفقود مال ينفق منه على امرأته في الأجـل ، وأما إن لم يكن له مال طلقت عليه من الآن كالمعسر ، وكذلك لو كان له مال لا يكفي في الأجل فإنهـا تطلق عليه قبل الأجل بعد فراغ ماله ، وسواء المدخول بها ومن فرض لهـا قبل ذلك وغيرهما[٣] .

والثاني والثالث يقول عنهما الدردير وهو يشرح قول خليل : (واعتدت) الزوجة (في مفقود المعترك بيـن المسلمين) بعضهم بعضـا (بعد انفصال الصفين) ؛ لأنه الأحوط إذ يحتمل موته آخر القتال ، وهو ظاهر ولكن المعتمد الذي لمالك وابن القاسم أنهـا تعتد من يوم التقاء الصفين ، ومحل كلام المصنف إذا شهدت البينة العادلة أنهـا رأته حضر الصف فإن شهدت بأنه خـرج مع الجيش فقط ، فتكون زوجته كالمفقود في بلاد الإسلام فيجري فيه ما مر (وهل

---

(١) تبيين الحقائق ٣ / ٣١١ .

(٢) حاشية الصاوي وشرحها ٢ / ٦٩٢ : ٧٠٠ .

(٣) الخرشي ٤ / ١٤٩ ، ١٥٠ .

يتلوم) أي ينتظر مدة تعتد بعدها بعد انفصال الصفين (ويجتهد) في قدر تلك المدة أو تعتد بعد الانفصال من غير تلوم أصلا (تفسيران) لقول مالك تعتد يوم التقاءالصفين فبعضهم أبقاه على ظاهره، وبعضهم حمله على قول أصبغ يضرب لامرأته بقدر ما يستقصي أمره ويستبرأ خبره (وورث ماله حينئذ) أي حيـن الشروع في العدة بعـد انفصال الصفين وانقضاء مدة التلوم على القـول به (كالمنتجع) أي المرتحل (لبلد الطاعون أو في زمنه) ففقد أو فقد في بلده من غير انتجاع فتعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون ، وورث ماله حينئذ ولا يضرب له أجل المفقود(١) .

والرابع ينتظر مدة التعمير كسبعين سنة ، يقـول المواق في شرحه على خليل أيضا : قال ابن رشد : حكمه حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله إلا بموته تحقيقا أو تعميرا في قول كل أصحابنا حاشـا أشهب (وهو سبعون) ابن عات : اختلف في حد التعمير فقـال ابن القاسم وأشهب ومالك مرة سبعون سنة واختاره القاضي . قال ابن عرفة : حكم قاضي تونس بتمويت إنسان بخمس وسبعين سنة وأشهد القاضي على حكمه شاهدين ورفع الرسم إلى السلطان فقيل له : هذا القاضي والشاهدان كل منهم جاز هذا السـن . فألغى الإعمال به بعد ضحك أهـل مجلسه . ابن عرفة : وهذا لا يلزم وهذه شبهة نشأت عن خطابة عامية (واختار الشيخان ثمانين) ابن عات : وقال مالك مرة ثمانـون واختاره ابن أبي زيد والقابسـي وابن محرز(٢) (وحكم بخمس وسبعين) قال الباجي في سجلاته الذي قضى به ابن زرب وبه القضاء خمس وسبعون(٣) .

والخامس ينتظر سنة ، يقول الصاوي في شرحه للدردير : واعتدت عدة وفاة (في الفقد بين) صفي (المسلمين والكفار بعد سنة بعد النظر) في شـأنه

---

(١) الشرح الكبير ٢ / ٤٨٢ ، ٤٨٣ .

(٢) يقول الخرشي : ولمالك وابن القاسم قول أيضا أنه ثمانون واختاره الشيخان أبو محمد بن أبـي زيد وأبو الحسن القابسي .

(٣) التاج والإكليل ٥ / ٥٠٤ ، ٥٠٥ .

بالسؤال والتفتيش حتى يغلب على الظن عدم حياته ، ويورث ماله حينئذ[1] .

هذا وقد وافق **الشافعية** الحنفية في لزوم الزوجية بين المفقود وامرأته ما لم يأت نبأ وفاته، يقول النووي: ومن غاب وانقطع خبره ليس لزوجته نكاح حتى يتيقن موته أو طلاقه ، وفي القديم تربص أربع سنين ثم تعتد لوفاة وتنكح [2].

وقد دلل الخطيب الشربيني للجديد بقوله : لما روي عن الشافعي رضي الله تعالى عنه عن علي رضي الله عنه أنه قال : وامرأة المفقود ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها . يعني موته . قال الشافعي وبه نقول . ومثل ذلك لايقال إلا عن توقيف . ولأن الأصل بقاء الحياة . والمراد باليقين الطرف الراجح حتى لو ثبت ما ذكر بعدلين كفى وكذا الاستفاضة مع عدم إفادتها اليقين ، ولو أخبرها عدل ولو عبدا أو امرأة بموت زوجها حل لهـا فيما بينها وبين الله تعالى أن تتزوج ؛ لأن ذلك خبر لا شهادة . واستدل للقديم بقوله : لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك . قال البيهقي : ويروى مثله عن عثمان وابن عباس رضي الله عنهم . ولأن للمرأة الخروج من النكـاح بالجب والعنة لفـوات الاستمتاع ، وهـو هنا حاصل[3] .

وأما **الحنابلة** فالمفقـود عندهم قسمان ، يقـول ابن قدامة : أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسـفر التجارة في غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم والسـياحة ، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته . وروي ذلك عن علي . وإليـه ذهب ابن شـبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفـة ، والشافعي في الجديد . وروي ذلك عن أبي قلابة ، والنخعي ، وأبي عبيد .

وقال مالك ، والشـافعي في القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتد للوفـاة أربعة أشهر وعشرا ، وتحل للأزواج ؛ لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة ،

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ / ٦٩٩ .

(٢) المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٥ / ٩٧ ، ٩٨ .

(٣) مغني المحتاج ٥ / ٩٧ ، ٩٨ .

وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز هاهنا لتعذر الجميع أولى ، واحتجوا بحديث عمر في المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتركهم إنكاره .

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله. وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج . قال أصحابنا : إنمـا اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته ؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطـاع خبره ، وجب الحكم بموته ، كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك .

والمذهب الأول ؛ لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته ، كما قبـل الأربع سنين ، أو كما قبـل التسعين ، ولأن هذا التقـدير بغير توقيف ، والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف ؛ لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته ، يفضي إلى اختلاف العدة في حـق المرأة باختلاف عمر الزوج ، ولا نظير لهذا. وخبر عمر ورد في من ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثاني : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا ، أو يخرج إلى الصـلاة فلا يرجع ، أو يمضي إلى مكـان قريب ليقضي حاجته ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته ، أو يفقد في مهلكة ، كبرية الحجاز ونحوها، فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين ، أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبي عبد ا : تذهب إلى حديث عمـر ؟ . قال : هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه . ثم قال : زعموا أن عمر رجع عن هذا !. هؤلاء (الكذابين)[1] . قلت : فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا ، إلا أن يكون إنسان يكذب . وقلت له مرة : إن إنسانا قال لي : إن أبا عبد ا قد ترك قوله في المفقود بعدك . فضحك ، ثم قال : من ترك هذا

(١) كذا ؛ التزاما بنص قوله .

القول أي شيء يقول . وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير . قال أحمد : خمسة من أصحاب النبي صلى ا   عليه وسلم .

وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والزهري ، وقتادة ، والليث ، وعلي بن المديني ، وعبد العزيز بن أبي سلمة . وبه يقـول مالك ، والشافعي في القديم، إلا أن مالكا قال : ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت. وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين : تتربص سنة ؛ لأن غلبة هلاكه هاهنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقـل عن أحمد أنه قال : كنت أقـول : إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشرا تزوجت ، وقد ارتبت فيها ، وهبت الجواب فيهـا ، لما اختلف الناس فيهـا ، فكأني أحب السلامة . وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله ، وتتربص أبدا ، ويحتمل التورع ، ويكـون المذهب ما قاله أولا . قـال القاضي : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة ، وعندي أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذي أقول به - إن صح الاختلاف في المسألة - أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال ، وإن ثبت الإجماع ، فالحكم فيه على ما نص عليه . وظاهر المذهب على ما حكيناه أولا . نقله عن أحمد الجماعة ، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ما حكيناه من رواية الأثرم.

وقال أبو قلابة ، والنخعي ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه؛ لما روى المغيرة، أن النبي صلى ا   عليه وسلم قال : { امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر } . . وروى الحكم وحماد عن علي : لا تتزوج امرأة المفقود ، حتى يأتي موته أو طلاقه . لأنه شك في زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة ، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة .

ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له . فقال : انطلقي

فتربصي أربع سنين . ففعلت ثم أتته فقال : انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرا. ففعلت ثم أتته فقال : أين ولي هذا الرجل ؟ فجاء وليه . فقـال : طلقها . ففعل . فقال لها عمر : انطلقي فتزوجي من شئت . فتزوجت . ثم جاء زوجها الأول ، فقال له عمر : أين كنت ؟ قال : يا أمير المؤمنين ، استهوتني الشياطين ، فوا ما أدري في أي أرض ا كنت ؟ عند قوم يستعبدونني ، حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء من الجن ، فما اك وما لهم ؟!. فأخبرتهم خبري ، فقـالوا : بأي أرض ا تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هي أرضي . فأصبحت وأنا أنظـر إلى الحرة . فخيره عمر ؛ إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ، فاختار الصداق ، وقال : قد حبلت، لا حاجة لي فيها .

قال أحمد : يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف في الصحابة له مخالف . وروى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ، ثم يطلقها ولي زوجها ، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك ، خير بين الصداق وبين امرأته . وقضى به عثمان أيضا ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر ، فكانت إجماعا .

فأما الحديث الذي رووه عن النبي صلى ا عليه وسـلم فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رووه عن علي ، فيرويه الحكم وحمـاد مرسلا ، والمسند عنه مثل قولنا ، ثم يحمل ما رووه على المفقـود الذي ظاهر غيبته السلامة ، جمعا بينه وبين ما رويناه. وقولهم إنه شك في زوال الزوجية ممنوع؛ فإن الشك ما تساوى فيه الأمران ، والظاهر في مسألتنا هلاكه(١) .

هذا ويرى **الظاهرية** أنه ليس لأحد أن يطلق عن أحـد امرأته ، فبعد أن استعرض ابن حزم أقوال الصحابة ومن بعدهم في المسـألة قال : لا حجة في

---

(١) المغني ٨ / ١٠٦ .

أحد دون ا تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام ، ولا يحل تحريم فرج أباحه ا تعالى للزوج وتحليله لمن حرمه ا تعالى عليه من سائر الرجال بغير قرآن ولا سنة[1] .

وحتى لا يظـن به أحد أنه يدخل الصحابة رضي ا عنهم الذين قالـوا بالتطليق بعد مدة في دائرة نقده ، اعتذر لهم بقـوله : وأما الصحابة رضي ا عنهم فقد فازوا ، وهم وا مأجورون في كل ما قالوه قاصدين به الحق ، وإنما الشأن فيمن قال قولا في الدين لم يأت به قرآن ولا سنة .

ثم أكـد مذهبه في المسألة وفي مثيلاتها مما لم يرد فيهـا نص مرفوع بقوله : لا حجة في أحد دون رسول ا صلى ا عليه وسلم ، فلا يجـوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته ، ولا أن يطلق أحد عن غيره . وبا تعالى التوفيق[2] .

وأما **الزيدية** فقد ذهبوا إلى أن امرأة المفقود لا يجوز لهـا أن تتزوج إلا بعد وقوع أحد أمور أربعة هي : ردة المفقود أو طلاقه أو موته أو مضي عمره الطبيعي وعدتها للوفاة ، والمراد بالعمـر الطبيعي هو أن العـادة جارية أن ا سبحانه وتعالى لا يعمر أحدا أكثر من مائة وعشرين سنة[3] .

ويرى الإمام يحيى أنه لا وجه للتربص ـ سواء أكان العمر الطبيعي أو أربع سنين ـ ؛ لقوله تعالى ولاَ تُمسِكُوهن ضِرارا ، فَإمساك بِمعروفٍ أَو تَسريح بِإحسانٍ ، وللحديث (لا ضرر ولا ضرار) ، وإذا كـان للحاكم رفع المضرة في الظهار والإيلاء فهذا أبلغ ، كمـا أن الفسخ مشروع للعيب ونحوه ، والتقدير بالعمر الطبيعي والأربع لا دليل عليه من كتاب أو سنة ، كمـا أنهم إن جوزوا لها النكاح بعد مضيها لأجل الضرر ، فأي ضرر أبلغ من تربصها هذه

---

(١) المحلى ١١ / ٤١٣ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) التاج المذهب ٢ / ١٣ .

المدة ؟ . فإن قيل دليل الأربع ما أخرجه الموطأ عن ابن المسيب أن عمر رضي ا عنه قال : أيمـا امرأة فقدت زوجها ، فلم تدر أين هو ، فإنهـا تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل . ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، ثم هو توقيف . فالجـواب أنه روي خلافه عن علي رضي ا عنه أنه قال : " أيما امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين بموت أو طلاق " ذكره في أصول الأحكام ، ولم يسلم أنه توقيف بل اجتهاد. وا أعلم[1] .

وأما **الإمامية** فيعبر العاملي ـ في شرح اللمعة ـ عن مذهبهم بقـوله : (والمفقود إذا جهل خبره) وكان لزوجته من ينفق عليها (وجب عليها التربص) إلى أن يحضر ، أو تثبت وفاته ، أو ما يقـوم مقامها (وإن لم يكن له ولي ينفق عليهـا) ولا متبرع ، فإن صبرت فلا كلام وإن رفعت أمرها إلى الحاكم بحث عن أمره (وطلب أربع سنين) من حين رفع أمرها إليه في الجهة التي فقد فيها إن كانت معينة ، وإلا ففي الجهـات الأربع حيث يحتمل الأربع ، (ثم يطلقهـا الحاكم) بنفسه ، أو يأمر الولي به . والأجود تقديم أمر الولي به فإن امتنع طلق الحاكم لأنه مدلول الأخبار الصحيحة[2] .

وأخيـرا يرى **الإباضية** أن المفقود يتربص أربع سنين ، يقـول صاحب النيل : يحكم على مفقود بموت إذا مضت عليه أربع سنين من يوم فقده[3] .

وبعد استعراض أقوال الفقهاء في المسألة يمكن القول بأن قول من قال بأن المرأة تظل مدى حياتها تنتظر زوجها المفقـود أو سبعين سنة فأكثر ليس صائبا ؛ لضعف النصوص الواردة في هذا الشأن كما مر ، ولأنه إذا كان جائزا للمرأة طلب الفرقة لسوء العشرة أو للضرر فليس من شك أن لحوق الضرر من تربصها مدى حياتها أو هذه المدة المتطاولة فيه من الضرر ما فيه .

---

(١) البحر الزخار وحاشيته ٤ / ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) الروضة البهية ٦ / ١١ وانظر شرائع الإسلام ٣ / ٢٨ .

(٣) النيل ٧ / ٣٨ .

يبقى أشهر الأقوال في المسألة وهو انتظاره أربع سنين ، وهو ما حكم به عمر رضي ا عنه وارتضاه بعض الصحابة رضوان ا عليهم ، وقد تنوعت أقوال الفقهـاء في تعليل التحديد بهذه الأربع ، كالقول بوقفه أو الإجماع عليه أو أنه أقصـى مدة للبحث في أنحـاء الأرض أو أنه أقصى مدة للحمـل واستبراء الرحم ، ولا يصح القول بالتوقيف ولا الإجمـاع كما مر ، كما لا يصح التعليل بأنه أقصى مدة للبحث خاصة في زماننا الذي سهلت فيه وسائل الاتصال ، وكذا كونه أقصى مدة للحمل واستبراء الرحم فهذا يمكن معرفته عند أهل الطب الآن فور الفحص والتحليل . فالظاهر أن تحديد هذه المدة لم يكن إلا اجتهـادا منه رضي ا عنه ، لذا يمكن القـول بأن الراجح في المسألة هو ترك تحديد المدة لاجتهاد القاضي ، الذي ينظر في ظروف فقده وما تستغرقه وسائل البحث عنه من وقت ، ومدى الضرر الواقـع على المرأة من هذا الغياب . ومهما يكن من أمر فللزوج المفقـود الخيار بين امرأته وبين صداقه إذا رجع كمـا قضى بذلك عمر رضي ا عنه[1] .

---

(١) انظر في تأكيد صحة رأي عمر رضي ا عنه : القياس في الشرع الإسلامي ، لابن تيميـة ، ص ٦٨ : ٧٣ ، المطبعة السلفية ومكتبتها ـ القاهرة ، طبعة سنة ١٣٤٦ هـ .

الفصل الثالث
تقادم الجرائم والعقوبات

المبحث الأول
أحكام تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني
مناقشـــة وتعقــيب

المبحث الثالث
أحكام التقادم الجنائي في القانون

المبحث الأول
أحكام تقادم الجرائم والعقوبات
في الفقه الإسلامي

المطلب الأول تقادم الحدود

المطلب الثاني تقادم التعازير

المطلب الأول
تقــادم الحــدود

الفرع الأول تقادم الجريمة الحـدية

الفرع الثاني تقادم العقوبة الحـدية

الفرع الأول

تقـادم الجريمة الحـدية[1]

اختلفت مواقف الفقهـاء تجاه تقادم جرائم الحـدود إلى ثلاثة آراء على النحو الآتي :

أولا   رأي الجمهور

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشـافعية ، والرواية المعتمدة عن الحنابلـة ، والظـاهرية ، والزيديـة ، والإمامية ، والإباضيـة ، والأوزاعي ، والثوري ، والحسـن بن حي ، وربيعة ، والليث ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وابن المنذر ..... ذهبوا إلى أن جرائم الحدود ـ سواء أكان دليل إثباتهـا الإقرار أم الشهادة ـ لا تتقادم . بمعنى أن الجريمة الحدية لا تسـقط عن الجاني مهما مر على الإقرار بها أو الشهادة عليهـا من زمن ، فمرور الزمن وحده ليس له أدنى تأثير على هذا الإقرار أو تلك الشهادة .

أما المالكية ، فقد سأل سحنون عبد الرحمن بن قاسم : أرأيت إن تقادمت السرقة فشهدوا عليه بعد حين من الزمان أيقطع في قول مالك أم لا ؟ فأجاب ابن قاسم : نعم ، يقطع عند مالك وإن تقادم .

ثم سأل : وكذلك الحدود كلهـا ، شرب الخمر والزنى ؟ قال نعـم ، لا يبطل في الحد شيء مما ذكرت ، وإن تقادم ذلك وطال زمانه . ثم سأل : وكذلك إن أقر بعد طول من الزمان ؟ قال نعم .

ثم يؤكد سحنون استفهامه فيسأل : أرأيت إن شرب الخمر وهو شاب في شبيبته ثم تاب وحسنت حاله ، وصار فقيها من الفقهاء عابدا ، فشهدوا عليه أيحد

---

(١) الحد : عقوبة مقدرة وجبت حقـا   تعالى ، أو اجتمع فيهـا حق ا   وحق العبد . فليس منـه التعزير ؛ لعدم تقديره ، ولا القصاص ؛ لأنه حق لآدمي . انظر : بدائع الـصنائع ٣٣/٧ ، دقـائق أولي النهى ٣٣٥/٣ ، الموسوعة الفقهية : مصطلح (حدود) .

أم لا في قول مالك ؟ قال : نعم يحد[1] .

وقال أصبغ عن ابن القاسم في رجلين شـهدا على رجل أنهمـا رأياه سكران أو يسـرق فجرحاه بذلك في شـهادة شهد بها : فليقم عليـه الحد ، ولا يضرهما تأخير ذلك ، وهو ستر عليه[2] .

وبالنسبة للشافعية ، فقد جاء في أسنى المطالب ، أنه لا يشترط قرب عهد الزنى ، فتقبل الشهادة به ، وإن تطاول الزمان[3] .

هذا ، ويقول ابن قدامة : '' وإن شهدوا بزنى قديم أو أقر به وجب الحد، وبهذا قـال مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وإسحاق ، وأبو ثـور . وقال أبو حنيفة: لا أقبل بينة على زنى قديم ، وأحده بالإقرار به . وهذا قول ابن حامد[4]، وذكره ابن أبي موسى[5] مذهبا لأحمد ؛ لما روي عن عمر أنه قال : '' أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن ''[6] ، ولأن تأخيره

(١) المدونـة ٤٢٢/٤ ، ٤٢٣ .

(٢) تبصرة الحكام ٥٠/٢ وانظر الشرح الكبير ٣٤٧/٤ ، والتبصرة أيضا ١٧٠/٢ وكم هو غريب أن يذهب الإمـام مالك والمالكية - كما سبق بيانه بالباب السابق - إلى سقوط دعوى الـدين مـثلا بالشهادة المتقـادمة ، أي يسقطون حق الفرد بهذه الشهادة ، ثم لا يسقطون حق المولى سبحانه فـي الحدود بالشهادة نفسها !! .

(٣) أسنى المطالب ١٣٢/٤ وانظـر : قليوبي ١٨٢/٤ طبعة صبيح ١٣٦٨هـ ، مغني المحتـاج ١٥١/٤ .

(٤) الحسن بن حامد بن علي بن مروان ، أبو عبد ا الوراق البغدادي ، مات سنة ثلاث وأربعمائة إمام الحنبلية في زمانه، له المصنفات في العلوم المختلفة ، منها الجامع في المذهب ، شرح الخرقي، شرح أصول الدين . طبقات الحنابلة ١٧١/٢ : ١٧٧ رقم ٦٣٨ ، دار المعرفة - بيروت ، بدون تاريخ .

(٥) محمد بن أحمد بن أبي موسى ، أبو علي الهاشمي القاضي ، ولد سنة خمس وأربعين وثلاثمائة، ومات سنة ثمان وعشرين وأربعمائة . قال عنه القاضي أبو يعلى : عالي القدر ، سـامي الـذكر ، ..... صنف الإرشاد في المذهب ، وشاهدت أجزاء بخطه من شرحه لكتاب الخرقـي . طبقـات الحنابلة ١٨٢/١ : ١٨٦ رقم ٦٥٢ .

(٦) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ ، وسيأتي الكلام عنه مفصلا ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

الشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة ، فيدرأ ذلك الحد .

ولنا : عموم الآية[1] ، وأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق ، والحديث رواه الحسن مرسلا ، ومراسيل الحسن ليست بالقوية ، والتأخير يجوز أن يكـون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسـقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا ''[2] .

وأما الظاهرية فيحكي ابن حزم عن أصحابه موافقة الجمهور في وجوب الحد بشهادة متقادمة ، يقـول : '' وقال الشافعي وأصحابه ، وأصحابنا : يقـام عليه الحد في كل ذلك . وقال الأوزاعي والليث والحسن بن حي مثل ذلك ''[3]. كما ذكر عن ربيعـة عدم الاعتداد بالتقـادم ، فعن ابن وهب قال : بلغني عن ربيعة أنه قال في رجل زنى في صباه واطلع على ذلك رهط عدول ، فلم يرفعوا أمره ولبث بذلك سنين ، وحسنت حاله ، ثم نازع رجلا فرماه بذلك ، وأتى على ذلك بالبينة واعترف : فإنه يرجم ، لا يضع الحد عن أهله طول زمان ، ولا أن يحدث صاحب ذلك حسـن هيئة . قال ابن وهـب : يريد بصباه : سفهه بعـد الاحتلام[4] . ثم أوضح أن الشهادة لا تجب على الشاهد إلا بسؤاله إياها ، الأمر الذي يلزم عنه جواز تأخير الشاهد شهادته ما لم يسألها ، وما لم يضع معه حق آدمي .

وعن الزيدية يذكر ابن المرتضى أن الحد لا يسـقط بتقادم العهد ؛ إذ لم يفصل الدليل بين التقـادم وعدمه[5] . ويقـول أبو القاسم الحلي عن الإمامية :

---

(1) يقصد قولـه تعالى : ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعةً منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموتُ أو يجعلَ الله لهن سبيلا ﴾ النساء : ١٥ .

(2) المغني ٩ / ٧٠ وانظر : المبدع لابن مفلح ٨٣/٩ المكتب الإسلامي ، طبعة أولى ١٣٩٩هـ ، كشاف القناع ٢٤٣/٤ .

(3) المحلى ٤٦/١٣ .

(4) السابق : الموضع نفسه .

(5) البحر الزخار ١٥٩/٥ وانظر : التاج المذهب لأحكام المذهب ٢١١/٤ .

'' ولا يقدح تقـادم الزنى في الشهادة ، وفي بعض الأخبار : إن زاد عن ستة أشهر لم تسمع ، وهو مطرح ''[1] . أما الإباضية فيذكر الرسـتاقي موافقتهم للجمهور أيضا في أن الإقرار المتقادم أو الشهادة المتقادمة لا تسقط الحد[2] . وهو ما قال به ابن المنذر ورجحه[3] .

ونستطيع أن نجمل من هذه النقول ومن غيرها أدلة الجمهور فيما يأتي :

أ ـ إذا كان دليل الإثبات هو الإقرار فإن المقر بجريمته الحدية بعد زمن متقادم من الجريمة يكون غير متهم في إقراره ؛ إذ إنه يعلم أنه مقبل على عقوبة شديدة . وعلى الحاكم أن يطبق عليـه الحد إذا ثبت المقر على إقراره ، وليس ذاك إلا تطهيرا لنفسه من الذنب . فقد صح عن النبي صلى ا عليه وسلم قبول الإقرار ، وأنبـأ عن مغفرة المولى سبحانه لصـاحبه التائب ، فعن عمران بن حصين : أن امرأة من جهينة أتت نبي ا صلى ا عليه وسلم وهي حبلى من الزنى ، فقالت : يا نبي ا ، أصبت حدا فأقمه على . فدعا النبي صلى ا عليه وسلم وليها فقال : أحسن إليها ، فإذا وضعت فائتني بهـا . ففعل . فأمر بها نبي ا صلى ا عليه وسلم فشُكت[4] عليها ثيابها ، ثم أمر بهـا فرجمت ، ثم صلى عليها . فقال له عمر : تصلي عليها يا نبي ا وقد زنت !. فقال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها تعالى[5] .

---

(1) شرائع الإسلام ٣٤٦/٢ وانظر : قواعد الأحكام لابن مظهر الحلي ص ٢٥٥ ، طبعـة سـنة ١٣٣٩هـ ، بدون ناشر .

(2) منهج الطالبين للرستاقي ١٩٣/٨ ، الحلبي بالقاهرة ، بدون تاريخ .

(3) الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ١٨/٢ ، إدارة إحياء التراث الإسـلامي بقطـر ، طبعة أولى ١٤٠٦هـ .

(4) جمعت وشدت . شك الشيء شكا : لصق بعضه ببعض واتصل . المعجم الوسيط : شك .

(5) مسـلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنى .

كما يذكر الجمهور أن رسول ا صلى ا عليه وسلم كان لا يسـأل من جاءه مقرا بحده عن وقت اقترافه هذا الحد ، الأمر الذي لا يترتب عليه أي أثر في الحكم ، وإلا لما توانى صلى ا عليه وسلم في السؤال عن ذلك .

ب ـ أما إذا كان دليل إثبات جرائم الحدود هو الشـهادة المتقادمة ، فيرى الجمهور وجوب الاعتداد بهذه الشهادة لما يأتي :

(١) عموم النصوص الواردة في شأن الشهادة ، بحيث لم تفرق في وجوب الاعتداد بها، متقادمة كانت أو غير متقادمة، مثل قوله تعالى وَأَقِيموا الشهادةَ لِلهِ [1] كمـا لم يرد عن النبي صلى ا عليه وسلم أنه سـأل شاهدا عن وقت تحمله الشهادة ، ولو كـان هذا واجبا لما تأخر النبي صلى ا عليه وسلم في تطبيقه . وكذلك فإن تضييق دائرة الأخذ بمضمون هذه النصوص ، بتحديد زمن معين لا تقبـل الشهادة بعده بسبب تأخر الشـاهد عنه ، إنمـا هو ضرب من الاحتمالات والتخمين ، ولا يصح تقييد النصوص بمثل هذا .

(٢) واستدلوا بأن عدالة الشـاهد هي أساس رد شهادته أو قبولهـا ، فلا يؤثر في عدالته تأخيره أداء الشهادة أو التعجيل به . ثم إن الطعن في عدالـة الشـاهد بسبب التأخير ليس يقينـا ، فلا يزال اليقين ـ وهو عدالته الظاهرة ـ بما ليس بيقين .

(٣) كما استدل الجمهور أيضـا بقياس الشهادة المتقادمة على الإقرار المتقادم ، فكلاهما حجة يثبت بهـا الحد ، برغم أن الإقرار ـ متقادما كـان أو غير متقادم ـ لا يمكن الجزم بصدقه ظاهـرا وباطنا ، فلماذا لا تأخذ الشـهادة حكمه ؟!.

(٤) وقاسوا كذلك الشهادة المتقادمة في الحدود على الشهادة ـ متقادمة أو غير متقادمة ـ في حقوق الآدميين ، فليس هناك فرق بين شهادة متقادمة في

---

(١) الطلاق : ٢ .

حق أو في حد ، فلماذا نقصر قبولها على الحقوق ؟! .

(٥) كما أنه ليس لولي الأمر الحق في أن يعفو عن هذه الجرائم ؛ لأنه ليس هناك نص يجيز له ذلك ، وإذا ثبت هـذا فقد امتنع القول بتقادم دليلهـا من باب أولى .

(٦) وأخيرا ، فقد ذكـر الجمهور أن تأخير الشهادة قد يكون لعـذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا .

ثانيا رأي الحنفية[1]

يقسم الحنفية الحدود إلى عدة أقسـام هي : حد الزنى ، حد القذف ، حد الشرب ، حد السكر ، حد السرقة الصغرى ، حد السرقة الكبرى . وفيمـا يأتي نتناول تأثير التقادم في هذا الحدود :

١ ـ تقـادم حـد الزنى

(أ) تقادم الإقرار بالزنى

ذهب الحنفية ـ عدا زفر[2] ـ إلى أن الإقرار بالزنى لا يتقادم، فمن أقر بزناه ولو بعـد زمن متقادم يقام عليه الحد ، ودليلهم في هـذا هو أن المقر غير متهم في إقراره على نفسـه ، خاصة بعد علمه أنه مقبل على عقاب شديد ، كما أن النصوص الواردة في ذلك لم تفرق بين إقرار متقادم وغير متقادم .

(ب) تقادم الشهادة بالزنى

يرى الحنفية أن الشهادة المتقادمة على زنى تعد سببا في رفع الحد ، وقد استدلوا لرأيهم هذا من المنقول والمعقول .

أما المنقول فقول عمر بن الخطاب رضي ا عنه '' أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته ، فإنما هم شـهود ضغن ''[3] . ولم يعلم مخالف لعمر

---

(١) الجامع الصغير ص ٢٧٧ : ٢٧٩ ـ المبسوط ٦٩/٩ ، ٧٠ ، ٩٧ ، ١٧١ ـ الهداية ١١٥/٤، ١٦١ ، ١٧٨ ـ فتح القدير ١١٥/٤ ، ١٦١ ، ١٧٨ ـ العناية على الهداية ١١٥/٤ ، ١٦١ ، ١٧٨ ـ حاشية سعدي جلبي على العناية ١٦١/٤ ، ١٧٨ ـ الدر المختار ١٥٨/٣ ، ١٥٩ ـ حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ ، ١٥٩ ـ بدائع الصنائع ٤٦/٧ ، ٤٧ ، ٥١ـ تبيـين الحقـائق ١٧٨/٣ ، ١٩٦ ـ حاشية الجلبي على التبيين ١٨٧/٣ ، ١٩٦ ـ البحر الرائق ٢١/٥ ، ٢٨ ـ منحة الخالق على البحر الرائق ٢١/٥ ، ٢٨ ـ الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصـلي ١٢٨/٤ ، مطبعـة صـبيح بالقاهرة ، بدون تاريخ ـ اللباب للميداني ١٧٩/٣ ، مطبعة المدني بالقاهرة ، طبعة سنة ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م ـ الفتاوى الهندية لبعض علماء الحنفية ١٤٧/٢ ، ١٥٨ دار صادر ببيروت ، طبعة سـنة ١٤١١هـ / ١٩٩١م .

(٢) سيأتي تفصيل رأي زفر وابن أبى ليلى في ' ثالثا ' ص ٤٠٧ : ٤٠٩ .

(٣) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ ، وسيأتي الكلام عنه مفصلا ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

رضي ا عنه فكان إجماعا . ثم إنه لا شهادة لصاحب ضغن أو متهم به على لسان رسول ا صلى ا عليه وسلم[1] .

وأما المعقول ، فيعبرعنه ابن الهمام بأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين : الستر احتسابا لفضيلة الستر على المسلم ، أو الشهادة به احتسابا لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد . فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة ؛ لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفسـاد لا يتصور فيه طلبه على التراخي . فإذا شهد بعد التقـادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين : إما الفسق ، وإما تهمة العداوة ؛ لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختـار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول ، أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني ؛ وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما ، فانصرافه بعـد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة[2] .

وعلى الشاهد أن يختار ما هو أصلح للجماعة ، فعليه أن يؤدي الشهادة إذا كان الجاني مشتهرا بارتكاب الموبقات ، حماية للمجتمع وزجرا للجاني . وعليه أن يختار الستر إذا كان الجاني معروفا بصلاح الحـال ، وأن ما ارتكبه كان من قبيل هفوات النفس التي لا تنبئ عن نفس احتواها الشـر ، فحق على الشاهد أن يقيل عثرة مثل هذا الجاني ، كما أن الشهادة في هذه الحالة ربما تدفع الجاني إلى أن ييأس من صلاح حالـه ، فيعود إلى سلوك الرذيلة ، وأيضـا قد يكون الجاني محل قدوة بين الناس فتؤدي الشهادة عليـه إلى ارتداد كثير من الناس عن طريق الجادة استخفافا بمحل قدوتهم .

ولكن ما المدة التي ينبغي فيها على شهود الزنى أن يتقدموا فيها بالشهادة، بحيث إذا تأخروا عنها اعتبرت الشهادة متقادمة وغير مقبولة ؟.

---

(١) أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته . والحديث وصف الحافظ ابن حجر سنده بأنه قوي . تلخيص الحبير ١٩٨/٤ .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٤ مختصرا .

تنوعت اجتهادات أئمة المذهب الحنفي في تحديد هـذه المدة على النحو الآتي :

١ـ ذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم توقيت ذلك بزمن محدد ، وأن يترك شأنه إلى القاضي ؛ وذلك لعدم وجود نص في تحديد المدة ، واختلاف طبيعة كل عصر بما يعده متقادما من غيره. وفي هذا يذكر القاضي أبو يوسف أنهم جهدوا بالإمام أبي حنيفة بأن يقـدر لهم فلم يفعل ، وفوضـه إلى رأي القاضي في كل عصر، فما يراه ـ بعد مجانبة الهوى ـ تفريطا كان تقادما، وما لا يعد تفريطا لا يكون تقادما . وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك ، وإنما يوقف عليه بالنظر في كل واقعة فيها تأخير ، فنصب المقادير بالرأي متعذر .

ويعلق الشـيخ أبو زهرة على رأي الإمام أبي حنيفة بقوله : هذه رواية عن أبي حنيفة ، وهي الراجحة عنه ، ويلاحظ أن أبا حنيفة لم يقدر فيهـا المدة فقها ، وذلك لا يمنع ولي الأمر أن يقدرها نظاما ، فالفقه لا يقدر المقادير إلا ما يكون فيها نص ، ولا نص في الموضوع ، أما الأمور التي تختلف فيها الأحوال والأعراف فلولي الأمر أن يعين المدة فيها ملاحظا العرف والأحوال[1] .

٢ـ ويروي الإمام الحسن بن زياد عن الإمام أبي حنيفة رواية ثانية في مدة التقادم ، وهي أن الشهود إذا شهدوا بعد سنة فإن شهادتهم لا تقبل[2] .

ولم أقف في أمهات الفقـه الحنفي على دليل الإمام أبي حنيفة في هـذه الرواية ، وربما يكشف لنا هذا عن عدم لزوم قبول الإمام أبي حنيفة الشهادة قبل السنة كعشرة أشهر مثلا ، لأن المتبادر فهمه من هذه الرواية هو أن الإمام أبا حنيفة عد مرور السنة دون عذر للشهود في تأخير الشهادة قدحا فيها ، وهذا لا ينفي عنه أنه يراه أيضـا فيما هو أقل من السنة ، ما دامت الدلائـل لا تحوي

---

(١) فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٥١ معهد الدراسات العربية العالية ـ جامعة الدول العربيـة بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٦٦م .

(٢) المبسوط ٧٠/٩ .

عذرا للشهود في التأخير، بمعنى أن يكون ذكر السـنة جاء اتفاقا لا تحديدا ، فقد يكون جاء ذكرها جوابا عن مسألة كانت مدة التأخير فيها سنة . وبهذا لا تختلف هذه الرواية عن سابقتها الراجحة عنه .

٣ ـ كما يروي الإمام محمد عن الإمام أبي يوسف عن الإمام أبي حنيفة رواية ثالثة في مدة التقـادم ، وهي مرور الحين ، فقد جاء في الجامع الصغير ما نصه '' محمد ، عن يعقوب ، عن أبي حنيفة رضي ا عنهم : رجل شـهد عليه الشـهود بسرقة أو بشرب خمر أو زنى بعد حين ، لم يؤخذ به ، وضمن السرقة ..... ''[(١)] .

والمراد بالحين هنا هو ستة أشهر، قياسا على مسألة الحالف بأن لا يكلمه حينا ، يقـول الإمام المرغيناني : من حلف لا يكلم حينـا أو زمانا أو الحين أو الزمان ، فهو على ستة أشهر ؛ لأن الحين قد يراد به الزمان القليـل ، وقد يراد به أربعون سنة ، قال ا تعالى : هلْ أَتَى علَى الإِنسان حِين من الدهر [(٢)] ، وقد يراد به ستة أشهر ، قال ا تعالى تُؤْتِي أُكُلَها كُل حِينٍ [(٣)] ، وهذا هو الوسط فينصرف إليه؛ وهذا لأن اليسير لايقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة، والمؤبد لا يقصد غالبا؛ لأنه بمنزلة الأبد ولو سكت عنه يتأبد، فيتعين ما ذكرنا . وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين، يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى. وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه[(٤)] .

ويقول الإمام المرغيناني أيضا : '' واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر، فإنه قال بعد حين، وهكذا أشار الطحاوي... ''[(٥)]

---

(١) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص ٢٧٧ ، عالم الكتب ـ بيروت ، طبعة أولى ١٤٠٦هـ .

(٢) الإنسان : ١ .

(٣) إبراهيم : ٢٥ .

(٤) الهداية والبداية ٧١/٤ ، ٧٢ وانظر مذاهب العلماء في تفسير 'الحين' : الإشراف لابن المنـذر ٤٧٢/١ ، ٤٧٣ .

(٥) الهداية ١٠٦/٢ .

وقد علق الإمام ابن الهمام على هذا بقوله : '' وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر ، على ما تقدم في الأيمان : إذا حلف لا يكلمه حينا ..... ''[1] .

وقد عقب الشـيخ أبو زهرة على ما سبق بقوله : '' ونحـن قد نخالف صاحب الهداية وكمال الدين بن الهمام في هذا الفهم ؛ وذلك لأن الحين في ذاته كلمة مبهمة ، يفسرها غرض الحالف الذي يدل عليه اللفظ ، إذا كان له غرض واضح بين ، وإن لم يكن له غرض واضح بين فسرت بستة أشهر . وهنا يوجد دليل على الغرض الواضح البيـن ، وهو تصريحه[2] بعد ذلك بمدة أخـرى في الكتب التي كتبها ، وروى بها المذهب الحنفي رواية صادقة ، وتلك المدة هي ما سنبينه في القول الثالث[3] ، وسـواء أصحت نسـبة هذا القول إلى محمد بهـذا التعبير[4] الذي ذكر في الجامع الصغير أم لم تصح ، فمن المؤكد أن هـذا قول في المذهب ، وأنه قول يعتبر له وجه ، أشار إليـه الطحاوي في مختصره[5] وعبارة الزيلعي تفيد أنه صحيح في ذاته[6] ''[7] .

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) أي الإمام محمد بن الحسن .

(٣) بأنها شهر ، وهي الرواية المشهورة عن محمد ، ويرجحها غالب فقهاء المذهب .

(٤) أي لفظ الحين .

(٥) يقول الطحاوي : من أقر على نفسه بالزنى بعد حين أقيم عليه الحد ، وإن شهدت عليه بينة بعد حين لم يقم عليه ، وكان أبو حنيفـة رضي ا عنه لا يوقت في ذلك وقتا ويقول هو على ما يـرى الإمام ، وبه نأخـذ . وكان أبو يوسف ومحمد رضي ا عنهمـا يوقتان في ذلك شهرا . مختـصر الطحاوي ٢٦٤ ، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند ، بدون تاريخ .

(٦) يقول الزيلعي : '' حد التقادم شهر ، روي ذلك عن أبي يوسف ومحمد . وأبو حنيفة رحمه ا لم يقـدره بشيء ، وفوضه إلى رأي القاضي على ما هـو دأبه في المقدرات المترددة بين القليـل والكثير . وأشار في الجامع الصغير إلى أنه مقدر بستة أشهر ، فإنه قال : وإذا شهد عليـه الـشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنى بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة . وكذا أشار الطحاوي رحمـه ا إليه . والأول أصح ، وهو مروي عن أبي حنيفة رحمه ا '' . تبيين الحقـائق ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ثم أخذ يستدل لما صححه ، وهو التقدير بشهر .

(٧) الجريمة ص ٩٤ .

ومن البين أن الجامع الصغير لم يكن تحت يدي الشيخ أبي زهـرة ؛ إذ نص ما جاء فيه ـ كما سبق ـ هو ''محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة رضي ا عنهم : رجل شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو زنى بعد حين ، لم يؤخذ به وضمن السرقة ... ''. فهذه المسألة عن الإمام أبي حنيفة ، وقد وردت فيها المدة مبهمة ، وهي لفظ الحين ، فحاول فقهاء المذهب تفسيره بتعيين مدته ، والمشهور عن الإمام أبي حنيفـة هو عدم تحديد مدة بعينها في التقـادم ، فظل اللفظ على إبهامه ، ولذا فقد فسروه بغير ما ورد عن الإمام أبي حنيفة ، وهو أن المراد به ستة أشهر بما سبق بيانه .

٤ ـ وأما المدة التي يرجحها فقهاء الحنفية ويقدمونها على غيرها فهي أن تكون شهرا ، روي ذلك عن أبي حنيفة وهو المشهور عن محمد ، يقول ابن الهمام : '' ومأخذ هذه الرواية مما في المجـرد : قال أبو حنيفـة : لو سأل القاضي الشـهود متى زنى بها ؟ فقالوا منذ أقل من شهر . أقيم الحد ، وإن قالوا شهر أو أكثر درئ عنه . قال أبو العبـاس الناطفي : فقدره على هذه الرواية بشهر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ''[1] .

ويعلل فقهاء الحنفية تقدير التقادم بشهر بأن ما دون الشهر عاجل ، على ما في مسألة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهرلايحنث ، وبعده يحنث . والمدار الذي حكم به الحنفية في جعل الشـهر فما فوقه بعيدا أو آجلا ، وما دونه قريبـا أو عاجلا ، هو العرف ، وهذا ما عبر عنه صاحب الهـداية بقوله : '' ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ''[2] .

وأود أن أشير هنا إلى أنه على الرغم من أن الرواية الأولى عن الإمام أبي حنيفة ، التي لم يقدر فيها مدة التقادم ، وتركها لتقدير القاضي هي الراجحة

---

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ ، ١٦٥ .

(٢) الهداية ١٠٢/٤ وبجانب الأقوال السالفة في تحديد مدة التقادم قيل بأنها نصف شهر ، وهو قول مهمل . وهناك أقوال أخرى مهملة أيضـا انظرها في طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٨٩، ٢٩٠ .

عنه، فإن غالب فقهاء المذهب قدموا عليها الرواية التي جعلت الشهر أو ما فوقه حدا لتقـادم الشهادة[1] . ويبدو أنه ليس هناك تعارض بين الروايتين ؛ لأننـا يمكن أن نحمل تحديده للشهر بأنه كان مناسبا لزمانه وعرف القضاء في وقته ، ورأى أن الشهر قد يكون غير مناسـب في غير زمانه أو مكانه ، فترك تفويض الأمر للقاضي .

يبقى أن نذكر أن ظاهر الرواية على أن شهود الزنى المتقادم لا يحدون حد القذف ، يقول التمرتاشي : ولو شهدوا بزنى متقادم حد الشهود عند البعض وقيل لا[2] . ويشرح ابن عابدين القول بعدم إقامة الحد عليهم بقوله : '' هذا هو المذهب ؛ لأنه هو المذكور في كافي الحاكم الشهيد حيث قال : وإذا شهد الشهود على رجل بزنى قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم . اهـ . ولذا قال الكرخي إنه الظاهر . أي ظاهر الرواية . وعلله في العناية[3] بأن عددهم متكامل وأهلية الشهادة موجودة ، وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا ''[4] . كما أن تأخيرهم وإن أورث تهمة وشبهة في الشهادة فأصل الشهادة باق ، ولما اعتبرت الشبهة في إسقاط حد الزنى عن المشهود عليه فلأن تعتبر حقيقة الشهادة لإسقاط حد القذف عن الشهود أولى[5] . وعن دليل من أوجب حد القذف عليهم يذكر الكاساني عن الحسن بن زياد أنهم يحدون لأن تأخيرهم محمول على اختيـار جهة الستر ، فخرج كلامهم عن كونه شـهادة ، فبقي قذفا فيوجب الحد[6] . وفي عرض أدلة الرأي الأول ما يكفي ردا على هذا الرأي .

---

(١) ومن فقهـاء المذهب من أخـذ بالرواية الأولى كالطحاوي . مختصر الطحـاوي ص ٢٦٤ ، وسيأتي في '' المناقشة والتعقيب '' مناقشة الحنفية في تحديد مدة التقادم .

(٢) تنوير الأبصار بهامش حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٣) راجع العناية على الهداية ١٦١/٤ ، ١٦٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٥) بدائع الصنائع ٤٧/٧ .

(٦) السابق ٤٧/٧ .

هذا عن الشهود ، أما القاذف فيقول عنه الزيلعي : ولو شهدوا عليه بزنى متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا . والقياس أن يحـد ؛ لأن الزنى لم يثبت به . وجه الاستحسان أن الشـهادة وجدت حقيقة ، وإنمـا ردت للتهمة ، فتعتبر للدرء عن الزاني لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق[1] .

٢ـ تقـادم حد القـذف

(أ) تقادم الإقـرار بالقذف

لا يختلف الإقرار بالقذف عن الإقرار بالزنى في عدم تقادمه ، فمن أقر بقذفه بعد زمن متقادم أقيم عليه حد القذف ؛ ذلك لأن المقر غير متهم في إقراره على نفسه، لا سيما أنه يعلم أن عقوبته ستكون شديدة، وهي الجلد ثمانون جلدة . كما أن الشهادة بالقذف لا تتقـادم ـ كما سيأتي ـ فمن باب أولى عدم تقـادم الإقرار به ، فقد ذكر الكاساني أن عدم التقـادم ليس بشرط لقبول الشـهادة بحد القذف ، فأولى ألا يكون شرطا لصحة الإقرار[2] .

(ب) تقادم الشهادة بالقذف

استثنى الحنفية حد القذف المبني على الشهادة المتقادمة من بيـن الحدود التي تسقط بالتقـادم ، يقول المرغيناني : إذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة[3] .

ودليل الحنفية في قبول الشهادة المتقادمة في حد القذف ، إنما يرجع إلى أن '' فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعـد الإقرار ، والتقادم غير مانع في حقوق العباد ''[4] .

---

(١) تبيين الحقائق ١٩٩/٣ .

(٢) البدائع ٥١/٧ .

(٣) بداية المبتدي ١٦١/٤ .

(٤) الهداية ١٦٣/٤ .

ثم ما دام حد القذف فيـه حق العبد '' فإن الشهادة عليـه لا تقبـل إلا بخصومة المقذوف وطلبه الحد ''[1] وهذا يعني أن الشاهد لا يكون متهما بتأخير شهادته طالمـا أن المقذوف لم يتقدم بدعوى قذفه ، ولكن '' لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته ''[2] .

ويثار هنا تساؤل : هل يعد تأخير المقذوف في رفع الدعوى سببا لاتهامه ورفض دعواه ، أم أن ذلك لا يؤثر على صحة الدعوى ؟.

ويجيب الكاساني على ذلك بقوله: '' المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف، فلا يتهم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه ''[3] . وهذا الجواب هو ما يفهم أيضا من كلام السرخسي عن القذف ، يقـول : '' فيه بعض حق العباد ، وهو دفع العار عن المقذوف ، فمتى أقام الحجة عليـه وجب الحكم به لدفع الضرر عنه ''[4] .

٣ـ تقـادم حد الشرب والسكر

يفرق الحنفية بين الشرب والسـكر ، حيث يخصون الأول بشرب الخمر خاصة ، سواء أسكر منهـا أم لم يسكر ، قليلا شـرب أو كثيرا . أما الثاني فيجعلونه في الأشربة من غير الخمر، والتي يصل شاربها لمرحلة السكر[5] .
وأما عن تأثير التقادم في كلا الحدين فهو ما يأتي :

(١) المبسوط ٦٩/٩ .
(٢) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ ، ٢٠٧/٤ ـ حاشية سعدي جلبي ١٦٣/٤ .
(٣) البدائع ٤٧/٧ .
(٤) المبسوط ٦٩/٩ . وسيأتي مناقشة كلام الكاساني والسرخسي في 'المناقشة والتعقيب' .
(٥) بدائع الصنائع ٣٩/٧ .

(أ) تقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر

نشير بداية إلى أن الإمام أبا حنيفة وصاحبيه اتفقوا على أن السكران إذا أقر على نفسـه بالسكر ـ من الخمر أو غيرها ـ حال سكره فإنه يدرأ عنـه الحد ؛ وذلك '' لزيادة احتمـال الكذب في إقراره ، فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى ''[1] . لكن لا يمنع من تعزيره[2] .

وبخلاف هذا الموضع المتفق عليـه بين أئمة الحنفية[3] فإننا نجد الإمام محمدا قد اختلف مع الشيخين ، فقد ذهب إلى أن الإقرار بشرب الخمر أو السكر من غيرها لا يتقـادم ، فمن شرب خمرا ـ سكر أو لم يسكر ـ ثم أقر ـ بعد صحوه إذا كان قد سكر منها ـ على نفسه بشربها ـ ذهبت رائحتها من فمه أو لم تذهب ـ ، كذا ومن سـكر من غير الخمـر ثم أقر على نفسـه بعد صحوه ـ ذهبت رائحته من فمه أو لم تذهب ـ : فإنه في كل ذلك يقام عليه الحد، حتى لو جاء إقراره بعد سنوات من شربه أو سكره .

هذا مذهب الإمام محمد ، أما الشيخان فقد ذهبا إلى القول بتقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر . أما تقادم الشرب ـ دون السكر منه ـ فمدته عندهما هي زمن بقـاء رائحة الخمر في فمه ، فمن شرب خمرا دون السكر فذهب للقاضي وأقر على نفسه بالشرب ، فإن القاضي يأمر باستنكاه فمه ، فإن كانت رائحة أقام الحد وإلا فلا . وكذلك من سكر من الخمر أو من غيرها إن أفاق من سكره فأقر على نفسه بالسكر ، فإن الحاكم يفعل معه مثلما فعل في الشرب .

ونبدأ بذكر أدلة الشيخين ، فقد استدل لرأيهما :

ـ بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها ، واعترف به ، فعزره ولم يحده .

---

(١) الهداية ١٨٨/٤ فقد يكون شرب وسكر دون قصد أو إرادة منه ، كأن يكون مكرها .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٦٤/٣ .

(٣) وهو ـ وإن كان غير مرتبط بالتقـادم ـ يمثل مع غيره من حالات الإقرار الأوقات المتصورة له .

ـ وبأنه أيضا جلد رجلا وجد منه ريح الخمر حدا تاما[1] .

ـ وبأن ابن مسعود رضي ا عنه '' أتاه رجل بابن أخيه وهو سكران ، فقال : إني وجـدت هـذا سكران يا أبا عبـد الرحمن . فقـال : ترتروه ومزمزوه[2] واستنكهوه . فترتروه ومزمزوه واستنكهوه ، فوجدوا منه ريح شراب . فأمر به عبـد ا إلى السجن ، ثم أخرجه من الغـد ، ثم أمر بسـوط فدقت ثمرته حتى آضت له مِخفقة[3] ، ثم قال للجـلاد : اضرب وأرجع يدك ، وأعط كـل عضو حقه ..... '' الحديث[4] .

ولا يخفى وجه الاسـتدلال بالحديث الأول ، أما الحديثان الثاني والثالث ففيهمـا أن عمر وابن مسـعود رضي ا عنهما أقاما الحد بالرائحـة ، ويذكر الحصكفي أن الحد ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسعود ـ رضي ا عنهم جمعيا ـ وهما شرطا قيـام الرائحة[5] . ويشرح ابن عابدين

---

(1) سيأتي تخريجه والكلام عنه ـ وعن سابقه ـ في 'المناقشة والتعقيب' .

(2) قال ابن منظور : قال ابن مسعود رضي ا عنه في سكران أتي به : ترتـروه ومزمـزوه أي حركوه ليستنكه ، ومزمزوه : هو أن يحرك تحريكا عنيفا لعله يفيق من سكره ويصحو . اللـسان : مزز . طبعة دار المعارف بمصر ، بدون تاريخ .

(3) دِرة . السابق : خفق .

(4) انظـره في :

ـ مصنف عبد الرزاق ، باب ضرب الحدود ...... ٣٧٠/٧ .

ـ مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في السكران متى يضرب ، باب ما جاء فـي الضرب في الحد . ٣٦/١٠ ، ٤٨ .

ـ مسند الحميدي ، أحاديث عبد ا بن مسعود رضي ا عنه ، ٤٨/١ ، المكتبة الـسلفية بالمدينـة المنورة ، بدون تاريخ .

ـ السنن الكبرى للبيهقي ، جماع أبواب صفة السوط والضرب ، باب ما جاء في الستر على أهـل الحدود . ٣٢٦/٨ ، ٣٣١ .

ـ نصب الراية ، كتاب الحدود ، باب حد الشرب ٣٤٩/٣ .

ـ مجمع الزوائد ، كتاب الحدود والديات ، باب ما جاء في السرقة وما لا قطع فيه ، باب الاستنكاه ٢٧٥/٦ ، ٢٧٩ دار الكتاب ببيروت ، طبعة ثانية ١٩٦٧م . والحديث غير ثابت ، وسيأتي الكـلام عنه سندا ومتنا تفصيليا ص ٤٣٢ : ٤٤٠ .

(5) الدر المختار ١٦٥/٣ .

هذا بقوله : '' هذا بيـان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه ؛ لأن الإجماع لم يكمل إلا بقـول من اشترط قيامها ''[1] .

هذا عما استدل به للشيخين ، أما الإمام محمـد فقد استدل لعدم تقـادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر بأن أساس التقادم هو التهمة ، والتهمة منتفية في حق المقر على نفسه، الأمر الذي يمنع القول بالتقادم، شأنه في ذلك شأن بقية الحدود، فهو حد قد ظهر سببه عند القاضي فلا يشترط لإقامته بقاء أثر الفعل[2] .

(ب) تقادم الشهادة بالشرب وتقادمها بالسكر

إذا كـان الإمام محمد اختلف مع الشيخين في قبول الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر بعد زوال الرائحة كما سبق ، فقد اتفق جميعهم على عدم قبول الشهادة على هذا الحد إذا تقادمت ، وأدلتهم في ذلك هي الأدلة ذاتها السابق عرضها في تقادم الشهادة بالزنى .

وقد اتفقوا أيضـا على أن الشهادة على السكران حال سكره تكون مقبولة ـ بخلاف الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر حال سكره ، فقد سبق أن ذكرنا أنهم اتفقوا على عدم قبوله ـ ، ومع هذا الاتفاق نراهم قد اختلفوا في تحديد مدة التقادم التي لا تقبل بعدها الشهادة بالشرب والشهادة بالسكر ، حيث ظل الشيخان على قولهما السابق في الإقرار ، ويمكن تفصيل رأيهما على النحو الآتي :

أولا إذا شهد شاهدان على من شرب خمرا بعينها دون أن يسكر فلا بد من وجود رائحة الخمر وقت تحمل الشهادة ، بحيث يشهدان أمام القاضي بأنهما شاهداه يشرب خمرا ، وأنهما وجـدا رائحة الخمر منه حـال شربه ، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يقيم الحد حتى لو انقطعت الرائحة أثنـاء الذهاب به إلى القاضي . أما إذا شـهدا بالشرب فقـط وصرحا بأنهما لم يستنكهاه ، فعلى القاضي حينئذ أن يأمر باستنكاهه فإن وجد رائحة الخمر حده ، وإلا فلا .

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٦٥/٣ .

(٢) فتح القدير ١٨١/٤ ، المبسوط ١٧١/٩ وسيأتي مناقشة الأمر في 'المناقشة والتعقيب' .

ثانيا إذا شهد شاهدان على من شرب غير الخمـر حتى سكر منه ، فلا بد من وجـود رائحة ذلك الشـراب وقت تحمـل الشهادة ، بحيث يشهدان أمام القاضي بأنهما شاهداه وهو سكران من ذلك الشراب وأنهما وجدا رائحة الشراب أيضا منه حال سكره ، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يقيم الحد حتى لو انقطع السكر والرائحة عنه أثنـاء الذهاب به إليه . أما إذا شهد عليه الشاهدان بالسكر فقط من غيرالخمر ـ بعد أن جيء به غير سكران إلى القاضي ـ فعلى القاضي أن يأمر باستنكاهه ، فإن وجد رائحة ذلك الشراب حده ، وإلا فلا . أما إذا جيء به وهو سكران فلا تشترط الرائحة حينئذ لإقامة الحد عليه ، وعدم شرط الرائحة في هذا الموضع هـو ما حكاه المرغيناني ـ وأيده ابن نجيم ـ عن الشيخين ، وقد خالفه في ذلك بعض الحنفية على ما سيأتي تفصيله الآن .

ثالثا ما سـبق من أحكـام غير الخمر في (ثانيا) ينسحب بأولى على الخمر .

وكلام المرغيناني في عرض مذهب الشيخين هو :

قوله (من شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة، أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد)[1] .

وقوله (إن أقر بعـد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يحد . وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يحد)[2] .

وقوله (إن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا)[3].

وقد فهم بعض الحنفية ـ كالبابرتي وابن الهمـام والزيلعي ـ من هـذه الأقوال أن المرغيناني يرى أن الشيخين لا يشترطان في الشهادة بالسكر وجود

---

(١) بداية المبتدي ١٧٨/٤ .

(٢) البداية والهداية ١٧٩/٤ .

(٣) بداية المبتدي ١٨١/٤ .

الرائحة فيمـن جيء به وهو سكران ـ وهو الموضع المشار إليه في (ثانيا) ـ بيد أنهم رجحوا أن الشيخين قيدا قبول الشهادة بوجود الرائحة حال أدائها ، سواء في الشرب أو السكر .

يقول البابرتي : ظاهره[1] يقتضي ألا تشترط الرائحة بعدما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر[2] ، ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، سـواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار[3] .

ويذكر ابن الهمام أن الشهادة بكل منهما[4] مقيدة بوجود الرائحة ، فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائمة حـال الشهادة ، وهو أن يشهدا بهـا وبالشرب ، أو يشهدا بالشرب فقط ، فيأمر القاضي باستنكاهه ، فيستنكهه ويخبره بأن ريحهـا موجودة . وأما إذا جـاءوا به من بعيـد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجودة ؛ لأن مجيئهم به

---

(١) أي ظاهر قول المرغيناني " أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سـكران فعليـه الحد " ، مع ملاحظة أن قول المرغيناني هذا ـ عدا جملة (فعليه الحد) ـ غير موجود بمتن الهداية المثبت بأعلى الصحيفة ، ويبدو أن البابرتي كان بين يديه نسخة أخرى للهداية غير هـذه . ونـص كلام المرغيناني كاملا على ما في نسخة البابرتي هو " ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة ، أو جاءوا به سكران فشهد المشهود عليه بذلك ، أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهـو سكران : فعليه الحد " . ولا يخفى أن هذا الكلام يحوي ثلاث حالات :

الأولى من شرب الخمر ـ دون غيرها ـ دون أن يسـكر، وقد أخذ إلى الحاكم ورائحتها لا تزال في فمه .

الثانية من سكر من الخمر أو من غيرها ، وجاءوا به إلى الحاكم وهو سكران ، وشهد الشهود عليه بالسكر فقط ، أي يكفي الشهادة بالسكر دون الرائحة .

الثالثة من شرب خمرا وشهد الشهود عليه بذلك ، مع مجيئهم به إلى الحاكم وهو سكران . وهـذه الحالة هي التي شرحها البابرتي ، وهي لا تختلف فيما تنتهي إليه عن مجموع سابقتيها .

(٢) أو من غيرها ؛ بدليل ما سبق وما سيأتي من كلام ابن الهمام .

(٣) حاشية البابرتي "العناية على الهداية" ١٧٨/٤ .

(٤) الشرب والسكر .

من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة ، فيحتاجون إلى ذكر ذلك للحاكم ؛ لأن حد الشرب لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة . كذلك حد السكر أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر[١] .

وقد أجمل الزيلعي ما سبق ، حيث ذكر أنه يشترط وجـود الرائحة عند التحمل ، حتى لو أخذوه وريحهـا توجد فيه ثم انقطعت قبـل أن ينتهوا به إلى الإمام لبعد مسافة لوجب الحد ، ولو جاءوا به سكران فيلزم فيه اشتراط وجـود الرائحة . كما ذكر أنه أشار في الهداية إلى أنه لا يشترط[٢] .

وقد عاب ابن نجيم على الزيلعي فهمه أن المرغيناني يقول بعدم اشتراط الرائحة مع الشهادة في حالة من جيء به إلى الحاكم وهـو سكران ، ودليله في ذلك هو أن كونه سكران يغني عن اشتراط الرائحـة ؛ إذ لا يوجد سكران بغير رائحة ما شربه[٣] . ومعنى هذا أن المرغيناني يشترط وجود الرائحة من السكران وإن لم يصرح بذلك .

بيد أن ابن عابدين أيد الزيلعي فيمـا فهمه عن المرغيناني ، و رد دليل ابن نجيـم بأنه لا يلزم التلازم بين السـكر والرائحة ؛ لأن الرائحة قد يزيلهـا السكران ـ أو تزال عنه ـ باستعمال شيء ، ولو ذهبت الريح بالمعالجة لم يكن ذلك مانعا من إقامة الحد[٤] .

ولا يخفى ضعف ما رد به ابن عابدين ـ وقبله أبو السعود ـ على ابن نجيم ؛ لأن ابن نجيم ـ وقبله المرغيناني ـ يقـول بما رد به ابن عابدين ، أي أن ابن نجيم يرى إقامة الحد على السكران المشهود عليه بالسكر حتى لو أزيلت عنه الرائحة ، فالجهة منفكة بين دعوى ابن نجيم ورد ابن عابدين .

---

(١) فتح القدير ١٧٨/٤ ، ١٧٩ بتصرف . وقد ذكر ـ في أول كلامه ـ أن السكران من الخمـر ينطبق عليه ما سبق بطريق الدلالة .

(٢) تبيين الحقائق ١٩٧/٣ بتصرف .

(٣) البحر الرائق ٢٩/٥ .

(٤) حاشية ابن عابدين على البحر الرائق المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق ٢٩/٥ .

فابن نجيم يرى أن المرغيناني قـد ذهب إلى اشتراط الرائحـة ، لأنه لا يوجد سكران بغير رائحة ، وهذا لا يعارض حالة من أزيلت عنه الرائحة وهو سكران ـ وهذا رد ابن عابدين ـ ؛ لأن المرغيناني نفسـه نص على أن من ذهبت عنه الرائحة لبعد المسافة فإن ذلك لا يمنع من إقامة الحد ، فالأولى إقامته على السكران الذي أزيلت عنه الرائحة. ولذا فإن تعليل ابن عابدين في اعتراضه على ابن نجيم تعليل غير مقبول .

وعلى هـذا فالصواب هـو أن المرغيناني ـ وإن لم يصرح باشتراط الرائحة ـ ذاهب إليه دلالة. وبهذا تتفق كلمة فقهاء الحنفية في النقل عن الشيخين باشتراط الرائحة ـ إلا من عذر ـ في كافة الأحوال، ومنها هذه الحالة المختلف فيهـا بينهم في نسبتها إلى الشيخين ، وهي حالة من جيء به إلى القاضي وهو سكران وشهد عليه بالسكر ، هل يرى الشيخان ـ والحال هكذا ـ اشتراط وجود الرائحة أم يكتفيان بالشهادة بالسكر لإقامة الحد ؟ . والجواب أن المرغيناني يرى ضمنا أن الشيخين يشترطان وجودها ، أما الآخرون فيرون اشتراطها صراحة . والجميع يستند في ذلك إلى حديث ابن مسعود رضي ا عنه حيث أمر باستنكاه الرجل حال سكره .

هذا رأي الشيخين في الشهادة بالشرب والشهادة بالسكر إجمالا وتفصيلا، وأدلتهم في ذلك هي :

١ ـ حديث ابن مسعود رضي ا عنه السـابق ذكره ، ولا يختلف وجه الاستدلال به هنا عما سبق عرضه في الإقرار .

٢ ـ إذا كان الإقرار بالشرب أو بالسكر مقيدا بالرائحة فمن باب أولى أن تقيد الشهادة بها ؛ وذلك لانتفاء تهمة الضغن في الإقرار بخلاف الشهادة .

٣ ـ واستدل للشيخين كذلك بأن قيام الأثر من أقوى الدلائل على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره[1] ، مثل بقية الحدود لعدم

---

(١) الهدايـة ١٨٠/٤ .

الأثر[1] .

٤ ـ كما أن زوال رائحة الخمر بعد الشرب لا يكون إلا بمضي زمن ، ولا يوجد نص في حق التقادم، ففيما أمكن اعتبار التقادم لمعنى في الفعل ، فكان المصير إليه أولى من المصير إلى غيره[2] .

٥ ـ وأخيرا فإن التمييز بين الروائح ممكن للمستدل ، وإنما تشتبه على الجهـال[3] . ووجود رائحـة الخمر من غير الخمر نادر ، ولا يكون مستداما أيضا[4] .

هذا عن رأي الشيخين وأدلته ، أما الإمام محمد فقد سبق أن ذكرنا أنه اتفق مع الشيخين في القول بتقـادم الشهادة بالشرب والشهادة بالسـكر ، بيد أنه اختلف معهما في مدة التقادم ، فقد رأى أنها لا تختلف عن مدة التقادم في سائر الحدود، وقد سبق أن ذكرنا أيضا في حد الزنى أن الراجح عنه وما عليه المذهب أنهـا مقدرة بشهر ، وعرضنا هناك دليله في ذلك ، وهو لا يختلف عن الأمر هنا في شيء .

أما أدلة الشيخين هـذه فإنه لا يسلم بهـا ويمكن مناقشتها : أما الدليل الأول فإن حديث ابن مسعود رضي ا عنه غير صحيح سندا ومتنا ، فلا يصح الاستدلال به[5] .

وأما الدليل الثاني ، فهو مبني على صحة القول باشتراط قبـول الإقرار بوجود الرائحة ، وهذا ليس صوابا[6] ، ونتيجة لذلك فإن ما يقاس عليه ـ وهو قياس الأولى ـ يكون غير صائب أيضا . ثم على افتراض صحة ما بنى عليه هذا الدليل فإنه لا يسلم أيضا بصحة القياس ؛ لأن '' التهمة لا تتحقق في الشهادة

---

(١) تبيين الحقائق ١٩٧/٣ .

(٢) المبسـوط ١٧٢/٩ .

(٣) الهدايـة ١٨٠/٤ .

(٤) المبسـوط ١٧٢/٩ .

(٥) سيأتي قريبا تفصيل ذلك في 'المناقشة والتعقيب' .

(٦) التعليق السابق .

بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة ، بل بسبب تأخير الأداء تأخيرا يعد تفريطا ، وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه ، وبه تذهب الرائحة ''[1] .

وأما الدليل الثالث فقد علق عليه ابن الهمام بقوله : '' لا يستلزم انحصار القرب فيها[2] ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقـادم ؛ لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة ؛ لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع ، فقوله[3] بعده " وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره " إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع، فقول محمد هو الصحيح ''[4]. ومعنى كلامـه أنه ليس بمتعذر اعتبـار القرب في غير قيـام أثر الرائحـة ، فالمتعارف أن اليوم ونحوه ـ مما تذهب معه الرائحة ـ ليس من الزمن البعيد في باب الشهادات .

وما ذكـره الزيلعي في نهاية هذا الدليل ، من أن الأمر هنا يختلف عن بقية الحدود لعدم الأثر فيها فيتعذر اعتباره ، فغير مسلم به أيضا ؛ لما ذكرنا من أن قيام أثر الرائحة ليس وحده مدار القرب حتى ينـاط الحكم به ، ومن ثم فإن شأن حد الشرب والسكر هو شأن بقية الحدود لعدم جدوى ما بينهما من فرق ، من وجود أثر الحد أو عدم وجوده .

وأما الدليل الرابع الذي ذكره السرخسي ، فقد أورد فيه أنه لا يوجد نص في حق التقـادم من حيث تقدير مدته ، مستدلا في ذلك بأن الإمام أبا حنيفة لم يوقت في التقادم شيئا لعدم وجود نص في ذلك[5] ، ومن ثم فتقدير مدة التقـادم ينبغي أن يرجع لمعنى في الفعل لا لغيره .

هذا الذي ذكره السرخسي عن الإمام أبي حنيفة إنما هو في حدي الزنى والسرقة وليس في الشرب ، وقد اعتمد الإمام أبو حنيفة في تحديد مدة التقادم في

---

(١) فتح القدير ١٨٠/٤ .

(٢) أي الرائحـة .

(٣) أي المرغيناني .

(٤) فتح القدير ١٨٠/٤ .

(٥) المبسـوط ٧٠/٩ .

الشرب ـ والمقدرة بزوال الرائحة ـ على حديث ابن مسعود رضي ا عنه ، إذن فدعوى السرخسي بأنه لا يوجد نص في حق مدة التقادم إنمـا هي في غير الشرب ؛ لورود النص في الشرب . معنى هذا أنه ينبغي تحديد مدة التقـادم في الشرب فحسب بما جاء في الحديث ـ على افتراض صحة دلالته على ذلك ـ ، ولكن الحديث لا يصلح للاحتجاج للضعف البين في سنده ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا في مناقشة الدليل الأول .

وبضعف اعتبارالفعل في تحديد مدة التقادم في الشرب ينبغي اعتبارمعيار آخر في هذا ، وإذا لم يكن تهمة الشاهد فماذا يكـون إذن ؟!. وتحديد المدة التي يكون معها الشاهد متهما لا وجه لتفاوتها بين الحدود إلا من عذر ، وقد سبق في حد الزنى بيـان ما هو الراجح في المذهب من تحديد هذه المدة ، وذكرنا أنهـا محددة بشهر .

وأخيرا فإن الدليل الخامس الذي استدل به للشيخين وهو أن التمييز بين الروائح ممكن للمستدل ، وأنها تشتبه على الجهال فحسب ، فأود أن أذكر بداية أن الشيخين يقولان بعدم الحد بالرائحة وحدها[1] ، فعلى الرغم من أنهما يقولان بأن رائحة الخمر مما لا تشتبه بغيرها ، فإنهما لم يطبقا هذا الأمر على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها ، حيث صرحا بعدم إقامة الحد عليـه ؛ لأن الرائحة محتملة . وكونهما يذكران في التقادم أن رائحة الخمر لا تشتبه بغيرها إلا على الجهال ، ثم يذكران في غيره أنهـا محتملة فلا يقام الحد بهـا ، ربما أوجد هذا نوعا من الاختلاف والاضطراب في فهم مرادهما ، وقـد قدم بعض الحنفيـة تفسيرات متعددة في إزاحة هذا الاضطراب ، لعل أقواهـا وأقربها إلى الصواب ما ذكره ابن الهمام ، يقـول : '' المقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء : أما الموضع الثاني ، وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ ، فظاهر . وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه ؛ لأن الرائحة محتملة . وإن استدل عليها فإن فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها .

(١) فتح القدير ١٨٤/٤ .

وأما في الموضع الأول فلا شك أن في إثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والإقرار دراً كثيرا واسعا ، ولا يمكن إثبات هذا الطريق الكائن للدرء إلا باعتبار تمييز رائحـة الخمر من غيرهـا ، فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال ـ وإن كان ملزوما لشبهة النفي ـ ليتمكن من تحصيل هـذا الطريق الواسع للدرء، لأنه لو لم يعتبرالتمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والإقرار معمولا بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة ، فيقـام بذلك ما لا يحصى من الحدود ، وحين اشترط ذلك وضحت طريقـه مع الشبهة والاحتمال . فظهر أن كلا صحيح في موضعـه ، فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمـال ، و ردت الشهادة بلا رائحة إذ لا يمكن التمييز إلا مع الاحتمال ''[١] .

وبرغم هذا فإن القول بأن رائحـة الخمر يمكن للمستدل أن يميزها عن غيرها ، وأنهـا لا تشتبه إلا على الجهال ، قول غير مسلم به ؛ لاحتمال تشابه رائحة الخمر مع غيرهـا ، خاصة في عصرنا الحاضر ، حيث استخدام نكهات الرائحة الطبيعية والصناعية ، فالتمييز بيـن الروائح بالاستنكاه لا يمكن حسمه بصورة يقينية ، والتشـابه بينهما ـ وإن كان نادرا وغير مستدام ـ لا يمكـن إنكاره أو تجاهله . وقد ذكر بعض الحنفية ممن أيدوا الإمام محمدا أن رائحـة الخمر قد تكون من غيرها كالسفرجل والتفاح ، وأوردوا في ذلك قول الأقيشر :

يقولون لي انكه قد شربت مدامـة فقلت لهم لا بل أكلت سفرجلا[٢]

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها ، فلا ينـاط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها[٣] . كما أن وجـود الرائحة لا يمكن أن يجعل دليلا ، فقد يتكلف لزوال الرائحة مع بقاء أثر الخمر في بطن الشارب[٤] ودمه .

---

(١) السابق : الموضع نفسه .

(٢) البيت في كثير من كتب الحنفية ، وهو من بحر الطويل (فعولن مفاعيلن) .

(٣) فتح القدير ١٨٠/٤ .

(٤) المبسـوط ١٧١/٩ .

وعلى هذا فإنه يمكن إجمال الرد على أدلة الشيخين ، بضعف حديث ابن مسعود رضي ا عنه سندا ومتنا ، وأن أسـاس رد الشهادة بالتقادم هو اتهـام الشاهد ، وهو ما لا يمكن التحقق منه خلال وقت تواجد الرائحة فحسب ، وإنما بمرور زمن كاف يمكن معه نسبة التهمة إلى الشـاهد . ولذا فإنه يمكن ترجيح رأي الإمام محمد على رأي الشيخين ، رحمة ا عليهم جميعا .

٤ـ تقادم حد السرقة الصغرى والكبرى

(أ) تقادم الإقرار بالسرقة الصغرى والكبرى

يرى الحنفية أن من أقر على نفسـه بالسرقة الصغرى بعد تقادم عهدها فإن ذلك لا يمنع من إقامة الحد عليه ؛ وذلك لأن المقرغيرمتهم في إقراره على نفسه ، خاصة مع علمه أنه مقبل على عقوبة شديدة هي قطع يده(١) .

وأما السـرقة الكبرى ـ الحرابة(٢) ـ فإن إقرار المحارب التائب الذي أخذ المال في حرابته بعد أن تقادمت جنايته ، وقبل قدرة الإمام عليه ، يكـون سببا لرفع الحد عنه ، ليس بسبب التقـادم وإنما لتوبته(٣) ، بحيث إذا أقر إقراره هذا دون تقادم رفع الحد أيضا عنه . وإذا أقر مضطرا بعد قدرة الإمام عليه ، ولو بعد تقادم جريمته ، فإن التقادم هنا لا يعفيه من الحد .

يقول الكاساني : قاطع الطريق إذا تاب قبل أن يظفر به يسقط عنه الحد، وتوبته برد المال على صاحبه إن أخذ المال لا غير ، مع العزم على ألا يفعـل

---

(١) فتح القدير ١٦٢/٤ ـ المبسوط ٦٩/٩ ـ تبيين الحقائق ١٨٨/٣ ـ البدائع ٨٢/٧ ـ ابن عابدين ٢١٤/٣ .

(٢) سميت الحرابة ـ قطع الطريق ـ بالسرقة الكبرى ؛ لأن مقصود القطاع غالبا أخذ المال ، حتى لو قتلوا في سبيل الحصول عليه . ابن عابدين ٢١٤/٣ .

(٣) للاستثناء الوارد في قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فـي الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخـرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم المائدة ٣٣ ، ٣٤ وانظر ابن عابدين ٢١٤/٣ في الخلاف في شرط رد المال لتمام توبته. وانظر كذلك تعقيب الرافعي على ابن عابدين : تقريرات الرافعي ٥٢/٢ .

مثله في المستقبل ، ويسقط عنه القطع أصلا ، وإن لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله في المستقبل ، وهو أن يأتي الإمام عن طوع واختيـار ، ويظهر التوبة عنده ، ويسقط عنه الحبس ؛ لأن الحبس للتوبة وقد تاب ، فلا معنى للحبس . أما إذا تاب بعد ما قدر عليه ، بأن أخذ ثم تاب ، لا يسقط عنه الحد؛ لأن التوبة عن السرقة ـ إذا أخذ المال ـ برد المال على صاحبه ، وبعد الأخذ لا يكون رد المال بل يكون استردادا منه جبرا ، فلا يسقط الحد ، وإذا لم يأخذ المال فهو بعد الأخذ متهم في إظهار التوبة ، فلا تتحقق توبته . وا سبحانه وتعالى أعلم[١] .

(ب) تقادم الشهادة بالسرقة الصغرى والكبرى

نبدأ بإيضاح موقف الحنفية من الشهادة المتقادمة في السرقة الصغرى ، بأن نذكر أمثلة لها ثم نبين حكم كل مثال ، الأمر الذي يقف بنا على تصور مطرد لموقف الحنفية من كافة أنواع هذه الشهادة ، والأمثلة هي :

الأول شهود أخروا الشهادة بالسرقة برغم طلب المسروق منه شهادتهم ، سواء قبل أن يبلغ عنها أو بعده .

الثاني شهود أخروا الشهادة لتأخرالمسروق منه في الإبلاغ عن السرقة، وهم يعلمون أنه يعلم أنهم شاهدوا السارق بإعلامهم إياه بذلك أو بغيره ، وبرغم هذا لم يتقدم بالإبلاغ سترا على السارق ، ولكنه بعد ذلك تقدم بالإبلاغ بعد تقادم السرقة وطلب من الشهود شهادتهم .

الثالث شهود أخروا الشهادة مع علمهم أن المسروق منه لم يتـوان في الإبلاغ عن السرقة ، وعلمهم أيضا بعدم علمه أن هناك شهودا .

أما المثال الأول ، فقـد ذهب الحنفية إلى أن كـل من دعي إلى الشهادة بالسرقة فلم يلب دون عذر ، ثم تقدم للشهادة عليهـا بعد ذلك فإن شهادته تكون غير مقبولة ، فلا تقطع يد السارق ، وكذا لا يضمن المال، يقول الزيلعي : '' لو

---

(١) البدائع ٩٦/٧ مختصرا .

أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته ''[1] .

هذا ، وقد أطلق النسفي في كنزه ضمان السـارق المال الذي سرقه ، حيث ابتدأ باب الشهادة على الزنى والرجوع عنها بقوله : '' شهدوا بحد متقادم ـ سوى حد القذف ـ لم يحد ويضمن المال ''[2] .

ويفهم من هـذا الإطلاق أن السارق يضمن المـال ، سواء أكان الشاهد معذورا في تأخيره الشهادة أم غير معذور ، وقد ساغ للإمام النسفي هذا الإطلاق نظرا لطبيعة لغة المتون البالغة الاختصار ، ولذا فإن الإمام ابن نجيم رجح عدم ضمان السارق المال إذا كان الشاهد غير معذور في التأخير[3] . كما أن الشيخ أبا زهرة فهم عن الحنفية عدم قبول شهادة من دعي إليهـا فلم يلب دون عذر ، سواء في الحد أو في ضمان المـال ، واستثنى هـذه الحالة من القبول عمـلا بنصوص الكتاب[4] .

وأما المثال الثاني فالشهود معذورون في تأخير شهادتهم ؛ لتوقف قبولها على الدعوى ، ولأن الشرع دعا الشهود إلى الستر فيمـا يخص حق المولى سبحانه ، ثم إنهم لم يقصروا في إبلاغ المسروق منه بالأمر .

وقد أوجب الحنفية هنا ضمان المال على السارق دون إقامة الحد ، يقول قاضي خان : '' إنما لاتقبل الشهادة في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود ـ لأن الدعوى شرط القبول ـ بل لخلل في الدعوى ، فإن صاحب المال كـان مخيرا في الابتداء ، فإذا أخر فقد اختار الستر ، فلم يبـق له حق دعوى السرقة والحد ، بل بقي له دعوى المال فقط ، فيقضى بالمال دون القطع ''[5] .

---

(1) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ .

(2) كنز الدقائق ٢١/٥ ، ٢٢ .

(3) البحر الرائق ٢٢/٥ .

(4) الجريمة ص ٨٩ ـ فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٤٧ ، ٥٥ .

(5) فتح القدير ١٦٣/٤ .

وأما المثال الثالث ففيه كتمان الشهود إعـلام المسروق منه بشهادتهم . وقد اختلف الحنفية في حكم هذه الشهادة المتقادمة ، فمنهم من رفضها مطلقا فلم يقم الحد على السارق ولم يلزمه بضمان المال ، ومنهم من قبلها في إلزام السارق بضمان المال دون إقامة الحد عليه .

ودليل من رفضها هـو أنه يرى أن مثل هذه الشهادة تعد شهادة متهم ، ولا شهادة لمتهم ، يقول ابن عابدين : '' ينبغي أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضـا ''[1] . وهو ما مال إليـه ابن الهمام كذلك[2] . وكأن من ذهب هذا المذهب قاس هـذه الحالة على حالة من دعي إلى الشهادة فلم يلب دون عذر ؛ إذ ليس بينهما كبير فرق ، فقد جمعهما كتمان الأمر دون مقتضى ، وما يترتب على ذلك من تضييع حقوق الناس .

هذا عن دليل من يرى عدم ضمان المال حالة كتمان الشهود الأمر ، أما من يرى ـ من الحنفية أيضا ـ ضمانه في هـذه الحالة فقد عبر ابن نجيم عن دليلهم بقوله : '' قولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم مع التقادم مشكل ؛ لتصريحهم في كتاب الشهادات بأنه لا شهادة للمتهم ، سواء كانت في الأموال أو في غيرها ، إلا أن يقـال إن التهمة غير محققة ، وإنمـا الموجود الشبهة ، والمال يثبت مع الشبهة بخلاف الحد ''[3] .

وهنا يثار اعتراض على هؤلاء القائلين بضمان المال بالشهادة المتقادمة، وهو : لماذا اقتصروا في قبـول هذه الشهادة المتقادمة على ضمان المال دون إقامة الحد ، برغم أنهم أقاموا الحد بها في القذف ، وكلا الحدين فيه حق العبد ، أي لا بد من الدعوى في كليهما ؟ .

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ .

(٢) فتح القدير ١٦٣/٤ ـ حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٣) البحر الرائق ٢٢/٥ . ولا يخفى أن القول بعدم ضمان المال بالشهادة المتقادمة هو ما يتوافـق مع ما قاله الحنفية في المعاملات .

يقول ابن الهمام شارحا كلام المرغيناني في الجواب على ذلك : السرقة فيهـا أمران الحد والمال ، فما يرجع إلى الحـد لا تشترط فيـه الدعوى ؛ لأنه خالص حق ا تعـالى ، وباعتبار المال تشترط . والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما ، بل لا تنفك عن الأمرين ، فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا يثبت المال بها بعد التقادم ؛ لأنه لا يبطل به ، ولا نقطعه لأن الحد يبطل به .

ويدل على تحقق الأمرين فيها ، أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعي غائب وهـو صاحب المال ، يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق ا تعالى ، وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة . وإنمـا لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كـان عنده أو ملكه إياه ، فلا بد من تضمن الشـهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه ، والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه ، فإذا أخر رددناه في حق الحد لا المال ، بل ألزمناه المال[1] .

ويلزم عما سبق أنه يمكن الفصل بين حق ا وحق العبد في تعيين أثـر الشهادة المتقادمة في السرقة ، حيث لا أثر لها في حق ا فلا تقطع يد السارق ، وإنما يقتصر أثرها فحسب على وجوب ضمان السارق المال . وهذا الفصل لا يمكن تحققه في القذف ، حيث لا يمكننا أن نخص فيه أثر الشهادة المتقادمة على حق العبد وحده ، نظرا لارتباطه ـ غير المنفصل ـ بحق المولى سبحانه فيه .

ويضيف المرغيناني دليلا ثانيا بقوله '' ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا تعالى ، فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ''[2] . ويشرح ابن الهمام هذا الكلام بقوله : '' إن بطلان الشهادة بالتقـادم لما كان للتهمة في حقوق ا سبحانه أقيم التقـادم في حقوق ا مقامها ، فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة

---

(١) فتح القدير ١٦٢/٤ .

(٢) الهداية ١٦٣/٤ .

وعدمها ، كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر ، فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ''[1] .

بيد أن ابن الهمام نفسه استدرك على هذا الدليل بقوله : ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد ، فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقـا تعالى ، ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر ؛ لأن المشقة أمر خفي غير منضبط ، فلا تمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط ، فالعدول للحاجة للانضباط ، ولا حاجة فيما نحن فيه[2] .

ويضاف لهذا أن ما ذكره المرغيناني لا يختص بالسرقة وحدها ، حيث ينطبق أيضا على حق المولى سبحانه في القذف ، ولكن تمايز حقه سبحانه عن حق العبـد في السرقة يجعلها تختلف عن القذف الذي يفتقد هذا التمايز ، وهـذا يعود بنا إلى الدليل الأول ، حيث اقتصار أثر الشهادة المتقادمة على حق العبد وحده دون حق المولى سبحانه .

على أننـا نلاحظ أن كلا من الفقيهين قد اتفقا على أن التقـادم يكفي في الدلالة على التهمة ، وإذا كان قول ابن الهمام بأن ' مناط الحكم مرتبط بالتهمـة لعدم خفائها ' هو الأصل ، فإن تصرف المرغيناني ربمـا كان أضبط ؛ لأن ما ذكره ابن الهمام لا يمنع إسقاط حق الفرد بالتقـادم ، وهو ما نفـاه المرغيناني بالنص على ربط الحكم بحق المولى سبحانه .

كما أكـد المرغيناني جـوابه بفرق ثالث ، والمتمثل في قوله '' ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك ، فيجب على الشاهد إعلامه ، فبالكتمان يصير فاسقا آثما ''[3] . ولولا أن المرغيناني من الآخذين بهذه الشهادة في ضمان المال لحملت عبارته هذه على أنه من الرافضين لها في الحد وضمان المال أيضا ، وهذا ما حدا بابن الهمام أن يستشكل عبارته .

---

(1) فتح القدير ١٦٣/٤ .

(2) السابق : الموضع نفسه .

(3) الهداية ١٦٣/٤ .

وهنـاك فرق رابع نقلـه الكاساني عن بعض مشايخه وهـو أن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة ، والسبب الظاهر هو كون الحد الخالص حق ا تعالى ، والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة ، وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة[1] .

بيد أن الكاساني لم يرض هذه التفرقة، يقول : '' وهذا ليس بسديد ؛ لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة ، إلا إذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليـه إلا بحرج ، فيقام السبب الظاهر مقامه ، وتجعل الحكمة موجودة تقديرا ، وهاهنـا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ، ولم توجد في السرقة لما بينا[2] ، فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم ''[3] .

هذا عن تقادم الشهادة بالسرقة الصغرى ، وعن تقادمها بالسرقة الكبرى ـ الحرابة ـ نذكر بداية أن الحنفية اشترطوا الخصومة فيها كالسرقة الصغرى، سواء أكانت بأخذ المال أم بدونه ، فالمقطوع عليه إذا كذب الشهود فإن التهمة لا تثبت على القاطع[4] .

كما أن تقادم الشهادة هنا يختص فيمـا إذا لم تتحقق توبة المحارب ، أي أن أثر تقـادم الشهادة لا يظهر عند توبة المحارب قبل القدرة عليه . وتجـدر الإشارة إلى أن الحنفية لم يتفقوا على حد توبة المحارب ـ قبل القدرة عليه ـ ، فمنهم من شـرط رد المحارب للمال كي تتحقق ، ومنهم من رأى إمكان تحققها ولو دون رد المال ، ويذكر ابن عابدين أن هذا الخلاف هو عند عدم التقـادم ،

---

(١) البدائع ٤٦/٧ .

(٢) وهو احتمال أن يكون تأخير الشهادة لتأخير الدعوى .

(٣) البدائع ٤٦/٧ . هذا ويراعى أن المعهود لدى الأصوليين هو تعليق الحكم على السبب أو العلة لا تعليقه على الحكمة ـ راجع مثلا : أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب ا ص ١٥٣ ـ والبين فيما نحن بصدده أن علة الحكم هو اتهام الشاهد وليس كون الحد حقا تعالى ؛ لأن الـشاهد إذا لم يكن متهما في الحدود الخالصة تعالى فإن ذلك لا يمنع من إقامة الحد .

(٤) البدائع ٩٣/٧ ، ٩٦ .

حيث ينقـل عن بعض فقهاء المذهب أن من قطع الطريق وأخذ المال ، ثم ترك ذلك وأقـام في أهله زمانا ، ثم قدر عليـه درئ عنه الحد ؛ لأنه لا يستوفى مع تقادم العهد، وبه علم أن مجرد الترك ليس توبة، بل لا بد أن تظهر عليه سيماها التي لا تخفى[1] .

وما ذكره ابن عابدين إنمـا ينطبق على الشهادة المتقادمة دون الإقرار المتقادم الذي يأتي به صاحبه بعد القدرة عليه ، حيث لا تأثير للتقـادم على مثل هـذا الإقرار المتقادم[2] ، وإذا استعرنا أنواع الشهادات المتقادمة في السـرقة الصغرى هنا ، فإننا نجد أن أحكامها لا تختلف في شيء عما نحن بصدده سوى جزئية وقوع السرقة على غرة من المالك ، إذ يقف المقطوع عليه على ما حدث له .

جواب الحنفية على أدلة الجمهور

وبعد أن استعرضنا موقف الحنفية من تقادم الحدود يتبين لنا أنهم اتفقوا مع الجمهور ، في عدم تقـادم الإقرار بالحـدود حتى حد الشـرب ـ في رأي محمد ـ ، وأنهم اتفقوا معهم أيضـا على عدم تقادم الشهادة بحد القذف ، وكذا عدم تقادمها في ضمان السارق المال في السـرقة دون القطع . بيد أنهم اختلفوا معهم في تقـادم الإقرار بالشرب ـ في رأي الشيخين ـ ، وكذلك في تقادم الشهادة بالحدود عدا القذف .

وقد رد الحنفية على أدلة الجمهور فيما هو مختلف بينهما[3] ، ويمكن أن نخرج الإقرار بالشـرب من دائرة الخلاف بينهما ـ على ما سيأتي بيـانه من ترجيح رأي محمد على رأي الشيخين ـ ليبقى الخلاف قائما في تقادم الشهادة بالحدود عدا القذف .

---

(١) ابن عابديـن ٢١٤/٣ ، وانظـر تعقيب الرافعي عليـه في تقريراته ٥٢/٢ ، وانظـر أيـضا البحر الرائق ٧٤/٥ .

(٢) راجع كلام الكاساني ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(٣) عاود النظر في مراجعة أدلة الجمهور ص ٣٧٢ : ٣٧٤ .

وقد استدل الجمهور لرأيه بعموم النصوص الواردة في شـأن الشهادة ، بحيث لم تفرق في وجوب الاعتداد بهـا ، متقادمة أو غير متقادمة ، مثل قولـه تعالى وَأَقِيموا الشهادةَ لِلهِ [١] ، كما لم يرد عن النبي صلى ا عليه وسلم أو أحد من خلفائه الراشدين أنه سأل شاهدا عن وقت تحمله الشهادة ، ولو كان هذا واجبـا لما تأخر النبي صلى ا عليه وسلم في تطبيقـه . ويضيف الجمهور أن تضييق دائرة الأخذ بمضمون هذه النصوص بتحديد زمن معين لا تقبل الشهادة بعده إنما هو ضرب من الاحتمالات والتخمين ، ولا يصح تخصيص النصوص بمثل هذا .

وقد أجيب عن الحنفيـة على هذا الاستدلال بأن هـذه النصوص ، وإن كانت لم تبين وقتـا يجب فيه أداء الشهادة ، فليس فيها ما يمنع من ذلك ، بحيث ترد بعده لتهمة الشـاهد ، فقد نطقت السنة برد شهادة صاحب الضغن أو المتهم به[٢] ، وروي عن عمر رضي ا عنه أنه قـال : '' أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن ''[٣] .

فهذه الأحاديث يمكن القول بأنهـا قد خصصت عموم النصوص الواردة في الشـهادة ، والقاعدة أن العـام إذا تعارض مع الخـاص فإنه يحمل علـى التخصيص ، ولذا فليس مما يتعارض مع نصوص الشهادة أن يوقت لأداء شهادة الحسبة[٤] . فالتخصيص هنا ليس بشيء من الاحتمالات أو التخمين .

كما استدل الجمهور بأن عدالة الشاهد هي محور رد شهادته أو قبولها ، فلا يؤثر في عدالته تأخيره أداء الشهادة أو التعجيل به ، ثم إن الطعن في عدالة الشاهد بسبب التأخير ليس يقينا، فلا يزال اليقين ظاهرا ـ وهو عدالته ظاهرا ـ بما ليس بيقين .

---

(١) الطـلاق : ٢ .

(٢) أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته . والحديث وصف الحافظ ابن حجر سنده بأنه قوي . تلخيص الحبير ١٩٨/٤ .

(٣) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ ، وسيأتي الكلام عنه مفصلا ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

(٤) تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح جاد ، ص ١٦ .

وقد رد الحنفية على هذا الاستدلال بأن الشاهد مخير بين حسبتين : أداء الشهادة ، والستر . فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيهـا ، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع[1] . ويضيف الشيخ أبو زهـرة بأن الحدود تقـام على أساس نفي أي شبهة أو تهمة ، والتهمة هنـا أمر خفي نفسي ، والأمور الخفية النفسية إذا كانت تدفع أمام الأمور الثابتة ، فإنها لا يلغى اعتبارها في الحدود ، ويكتفى في الدلالة عليهـا بأمور تثبت مظنة وجودهـا ، وقد أقيمت المدة التي تأخرها الشاهد ولا يؤدي فيها شهادته كاشفة لهذا الأمر الظني الخفي ، وأن ذلك يكفي في إيجاد الشبهة المسقطة للحد[2] . ثم ينقل عن الزيلعي قوله : الحكم يدار على كونه حقا تعالى، فلا تعتبر التهمة في كل فرد من أفراده ؛ إذ التهمة أمر باطن لا يوقف عليه ، فيكتفى بالصورة ؛ لأن الحد يسقط بصورة الشبهة[3] .

كما استدل الجمهور لما ذهب إليه بقياس الشهادة المتقادمة على الإقرار المتقادم، على الرغم أن الإقرار ـ متقادما كان أو غير متقادم ـ لا يمكن الجزم بصدقه ظاهرا وباطنا ، فلماذا لا تأخذ الشهادة حكمه ؟.

وقد أجاب الحنفيـة على هذا الاستدلال أيضـا ، يقـول الزيلعي : تهمة الضغينة لا تتصور في الإقرار ؛ لأن المقر لا يعادي نفسه ، كما أن الإقرار لا يبطل بالتهمة والفسق[4] .

كما قاس الجمهور أيضـا الشهادة المتقـادمة في الحدود على الشـهادة ـ متقادمة أو غير متقادمة ـ في حقوق الآدميين ، فليس هناك فرق بين شهادة متقادمة في حق أو في حد ، فلماذا نقصر قبولها على الحقوق ؟.

---

(١) الهداية ١٦٣/٤ .

(٢) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٧ .

(٣) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٤) السابق : الموضع نفسه .

ويجيب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا بأن التقادم غير مانع في حقوق العباد ؛ لأن الدعوى شرط فيها ، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف الحدود الخالصـة تعالى ، فالشـهادة فيهـا لا تتوقف على الدعوى[1] .

ويذكر الشيخ أبو زهرة أن الذين اعتبروا تأخير الشهادة شبهة قد ردوا قياس الشهادة في الحدود على الشهادة في الأموال ، من حيث إن التأخير لا يمنع سماعها ، فقالوا إن القياس ممنوع لأن الموضوع غير مسلم به ، فإن الشاهد لو تأخر في أداء الشهادة بعد أن طلب منه أداؤها اعتبر فاسقا ؛ لقوله تعالى ولاَ تَكْتُموا الشهادةَ ومن يكْتُمها فَإنه ءاثِم قَلْبه [2] ، وإذا كان فاسقا بهذا التأخير فإن شهادته لا تقبـل . ولو سلم أن حقوق العباد تسمع فيهـا الشهادة مع التأخير في أدائها عند وجوب الأداء ما كان ثمة موضع للقياس أيضا ؛ لأن حقوق العباد لا تسقط بالشبهات ، بينما الحدود تدرأ بالشبهات[3] .

كما أن هناك فرقا بيـن حقوق ا تعالى وحقوق الآدميين ، حيث بنيت حقوق ا على التسامح ، وحقوق العبـاد على المشاحة ، فما يصلح أن يكـون وسيلة إثبات لأحدهما قد لا يصلح وسيلة إثبات للآخر[4] .

ومن أدلة الجمهور أيضا أنه قال ليس لولي الأمر الحق في أن يعفو عن هذه الجرائم ؛ لأنه ليس هناك نص يجيز له ذلك ، وإذا ثبت هذا فقد امتنع القول بتقادم دليلها .

ويمكن الجواب للحنفية على هذا الاستدلال بأن هذا ليس عفوا من ولي الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن العفو يأتي بعد سلامة وسائل الإثبات من التهمة ،

---

(١) الهدايـة ١٦٣/٤ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٧ ، وانظر تبيين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٤) السرقة بين التجريم والعقوبة ، د. الشافعي عبد الرحمن ، ص ٨٨ ، دار الهـدى بالقـاهرة ، طبعة سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

مثل عفوه عن بعض جرائم التعـازير لمصلحة يراها ، وهـذا ما لا نجده في الشهادة المتقادمة . كما أن ولي الأمر لم يعدم نصا يسوغ له رد الدليل المتقادم ، وقد سبق في الجواب على الاستدلال الأول شيء من ذلك بما يغني عن إعادته هنا .

وأخيرا فقد ذهب الجمهور إلى أن تأخير الشهادة قد يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا .

ولم يحر الحنفية جوابا على هذا ، فقد نصوا أيضـا على عدم رفع الحد بتأخير الشهادة بسبب العذر أو الغيبة[1] .

---

(١) راجع مثلا : الهداية ١٦٥/٤ .

ثالثا رأي ابن أبي ليلى وزفر

إذا كان الحنفية قد قالوا بتقادم الشهادة في جرائم الحدود ـ عدا القذف ـ، وكذا قال الشيخان بتقادم (الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر) خاصة ، فإن كلا من ابن أبي ليلى وزفر ـ الحنفي ـ قد ذهبا إلى توسيع دائرة التقادم في هذه الجرائم ، حيث قالا بتقادم الإقرار في جميعها ، وقد استدل لهما في ذلك بما يأتي[1] :

١ ـ قياس الإقرار المتقادم على الشهادة المتقادمة ، فالشهود كمـا ندبوا إلى الستر فإن مرتكب الحد مندوب أيضـا إلى الستر على نفسـه ، فقد جاء في الحديث '' أيها الناس ، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود ا ، من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر ا ، .... ''[2] .

٢ ـ كما أن هـذه العقوبات للانزجار والردع وترويع المجرمين ، وذلك يكون إبان وقوعها ، وتأخيرها يذهب بمعنى الردع فيها .

٣ ـ ولأن الجاني يظن أن يكون قد تاب ، فإقراره لتطهير نفسـه مظنة توبته ، ومظنة التوبة ذاتهـا تجعل العقاب قد صادف نفسا طهرت من الذنوب ، وتابت إلى المولى سبحانه توبة نصوحا .

٤ ـ وأيضا فإن الحد إذا تأخرت إقامته عن وقت الحكم الثابت بالشهادة في جرائم الزنى والسرقة والشرب فإنه لا تجوز إقامته[3] ، أي أن التقـادم في هذه الجرائم يسقط الحد بعد وجوبه مؤكدا بالحكم ، وأولى به أن يسقطها قبل الحكم في كل الأحوال ؛ لأن الإقرار مهما كانت قوته فإنه لا يصل إلى مرتبة الحكم بعد سماع الإثبات من كل وجوهه .

---

(١) المبسوط ٩٧/٩ ـ تبيين الحقائق ١٨٨/٣ ـ الجريمة لأبي زهرة ص ٩٠ ـ فلسفة العقوبة لـه أيضا (القسم الثاني) ص ٤٨ .

(٢) الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم .

(٣) سيأتي قريبا تفصيل ذلك عند الكلام عن تقادم العقوبة الحدية .

وقد أجـاب السرخسي على الدليـل الأول بقوله : ولكنا نستدل بآخـر الحديث ، حيث يقول صلى الله عليه وسلم : '' ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله '' ، وهذا قد أبدى صفحته بإقراره ، وإن كان تقادم العهد ، والمعنى فيه أن التهمة تنتفي عن إقراره ، وإن كان بعد تقادم العهد ، فإن الإنسـان لا يعادي نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره ، بل إنمـا يحمله على ذلك الندم وإيثار عقوبة الدنيـا على الآخرة ، بخلاف الشهادة فبتقادم العهـد معها تتمكن التهمة، من حيث إن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعدما اختاروا الستر عليه، وهنا كان إصراره يمنعه عن الإقرار ، ثم الندم والتوبة حمله على الإقرار بعـد تقادم العهد(١) .

وأما الدليل الثاني فيمكن الرد عليـه بأن الردع الخاص ليس وحده هدف العقـوبة ، وأن للعقوبة أهدافا أخرى تسعى لتحقيقها ، ومن أهمها الردع العـام وإشعار المجتمع بتحقيق العدالة وتساويها بين أفراده . كما أن من أهدافها زجر من تساوره نفسـه بارتكاب جريمة متكئـا على مرور الزمان . ورب جريمة متقادمة لا يزال صاحبها معروفا بين الناس بعدم استقامة أحواله وارتياده أماكن الريبة ، ثم نراه يفلت منها بفضل التقـادم ، فهل يتحقق ردعه وزجـره بذلك أم بعقابه الذي لا يقتصر معنى الردع فيه على فور الجريمة ؟!.

وردا على الدليل الثالث نذكر أن رفع العقوبة عن الجاني لأجـل توبته أمر يختلف عن عدم الاعتداد بالجريمة وكذا العقوبة لأجل التقادم ، فإنه يلزم عن هذا الدليل رفع العقوبة بتوبة الجاني سواء أكانت فور الجريمة أم بعد تقادمها ، بل ربما كانت توبة المقر عقيب الجريمة أظهر وأصدق منها بعد تقادمها ؛ لأن المقر فور الجريمة لا يضمن أن العقوبة سترفع عنه ، بخلاف ما إذا أقـر بعد تقادمها ، حيث تيقنه من رفعها عنه بالتقادم بناء على هذا الرأي .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نسبة الشيخ أبي زهرة هذا الدليل للإمام ابن أبي ليلى أمر غير مسلم به ؛ لأن ابن أبي ليلى نفسـه يرى أن من رجـع عن

---

(١) المبسـوط ٩٧/٩ .

إقراره أو هرب لا يكف عنه ويقـام عليه الحد ولا يترك ؛ لأن ماعزا هـرب فقتلوه ولم يتركوه ، وروي أنه قال: ردوني إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم، فإن قومي هم غروني من نفسي ، وأخبروني أن رسول ا صلى ا عليه وسلم غير قاتلي . فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه[1] . ولو قبل رجوعه للزمتهم ديتـه ، ولأنه حق وجب بإقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق[2] .

وبرغم أن إسقاط العقوبة عن من في حال ماعز أولى قبولا من إسقاطها بالإقرار المتقادم فإن ابن أبي ليلى لم يلتفت لهذا وقـال بإقامة الحد ، الأمر الذي يجعل من نصيب التوبة في رفـع العقوبة عند ابن أبي ليلى احتمالا غير وارد ، خاصة أنه جاء في هذا الحديث أيضا قوله صلى ا عليه وسلم لمن قتلوه: ''هلا تركتموه يتوب فيتوب ا عليه ''. وهذا مما لا يخفى على ابن أبي ليلى .

ومما يؤيد نفي هذا الدليل عن ابن أبي ليلى أن السرخسي والزيلعي حينما ذكرا دليل زفر ـ وهو الموافق لابن أبي ليلى في القـول بتقادم الإقرار ـ لم ينقلا عنه سوى الدليل الأول .

يتبقى الدليل الأخير ، وهو ما يخص قياس تقـادم الإقرار بالجريمة على تقادم العقوبة قياس الأولى ـ وهو من كلام الشيخ أبي زهرة أيضا في الاستدلال لرأي الإمام ابن أبي ليلى ـ ، ولا تستقيم صحة هذا الدليل أيضا ؛ لأن الشيخ أبا زهرة نفسه لم يرض صحة دليل المقيس عليه ، حيث لم يوافق الحنفية في القول بأن العقوبة إنما سقطت عن الهارب لأجل التقـادم ، ورأى أن الأولى أن يكون سقوطها لأجل مظنة التوبة[3] . وهذا يعني أن المقيس عليه لا صلة له بالتقادم ، الأمر الذي يلزم عنـه عدم صلة المقيس أيضا بالتقـادم ، وذلك حتى لا تختلف العلة بينهما . وما دام عدم قبول الإقرار بالجريمة لأجل التوبة وليس التقـادم ، فإن دائرة بحثنا تضيق عنه .

---

(١) راجع تخريجه ص ٦٨ هامش ١ .

(٢)المغني ٦٣/٩ وفيه أيضا ٦٤/٩ ترجيح قول الجمهوربالكف عمن رجع عن إقراره أو هرب .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٨ : ٥١ .

الفرع الثاني
تقـادم العقـوبة الحديـة

نقتصر هنا على دراسة تقـادم العقوبة الحدية المبنية على الشهادة دون الإقرار ؛ لأن هروب المقر على نفسه بالحد قبل تنفيذ العقوبة أو أثنائها ـ وكذا رجوعه عن إقراره ـ لا يختلف حكمه ، سواء أتقادم أم لا ، فقد ذهب الجمهور ـ ومنهم الحنفية ـ إلى رفع الحد عنه سوى حد القذف . وقال الحسن ، وسعيد ابن جبيـر ، وابن أبي ليلى ، وعثمان البتي[1] بإقامة الحد عليـه . وحكي عن الأوزاعي أنه إن رجع[2] حد للفرية على نفسه ، وإن رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد[3] .

وعن تقادم العقوبة الحدية المبنية على الشهادة ، نشير إلى أن الحنفية قد ذكروا عدة أسباب في إلغـاء الشهادة في الحدود بعـد انقضائها صحيحة ، وقد عدوا ـ عدا زفر ـ التقـادم واحدا من هـذه الأسباب ، يقـول المرغيناني : '' التقادم كما يمنع قبول الشـهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء[4] عندنا

---

(١) فقيه البصرة ، أبو عمرو ، بياع البتُوت 'الأكسية الغليظة' ، اسم أبيه مسلم ، وقيل أسلم ، وقيل سليمان ، مات سنة ثلاث وأربعين ومائة . سير أعلام النبلاء١٤٨/٦ ـ تهذيب التهذيب ١٥٣/٧ .

(٢) عن إقراره على نفسه بالزنى .

(٣) انظر تفاصيل المسألة : البدائع ٦١/٧ ، ٨٨ ، ٢٣٢ ـ فتح القدير ١٩٩/٤ـ حاشية الدسـوقي والشرح الكبير ٣١٨/٤،٣٣٠،٣٤٦ ـ بداية المجتهد ٤٣٩/٢ ـ الروضة ٩٦/١٠ ، ٩٧ ، ١٤٣ ـ المغني ٦٣/٩ ، ٧٤ ، ١١٩ ، ١٣٨ ـ المحلى ١٢٥/٨ : ١٢٨ . ولا يخفى رجحان قول الجمهور.

(٤) تجدر الإشارة هنا إلى أن المرغيناني وإن كان نص على أن الشهادة لا يعتد بها بعد القضاء إذا تقادمت فلأن ذلك كان موائما لزمانه ، فقد كان النطق بالحكم غالبا يأتي مع الإدلاء بالشهادة في نفس المجلس. وما ذكره ينطبق بأولى على ما إذا تقادمت الشهادة الصحيحة ـ التي لم يتوان أصحابها في الإدلاء بها ـ قبل القضاء ، فلو هرب الجاني بعد الإدلاء بالشهادة وقبـل النطق بالحكم في الوقـت الحاضر ـ حيث تطاول زمن إجراءات التقاضي ـ حتى صارت متقادمة فإن العقوبة تسقط من باب أولى لأنها لم تؤكد بالحكم. وعلى هذا فإنه يمكن تقسيم تقادم الشهادة عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام :

تقادم الإثبـات وقد سبق الكلام عنه في تقادم الجريمة ، وهو الأصل للقسمين التاليين .

تقادم القضـاء وهو ما يقع بعد أداء الشهادة صحيحة وقبل الحكم .

تقادم الاستيفاء وهو ما يقع بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة .

خلافا لزفر ، حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ؛ لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ''[1] .

ويعلق ابن الهمام على كـلام المرغيناني فيذكـر أن الإمضاء ـ أي الاستيفاء ـ من القضاء بحقوق ا تعالى ، بخلاف حقـوق غيره ؛ وهـذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقـه إذا ثبت عنده بلا شبهة ، فكان الاستيفاء من تتمة القضاء ، أو هو هو هنا ؛ إذ لم يحتج إلى التلفظ بلفظ القضاء ، حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به ، بخلافه في حقوق غيره تعالى ، فإنه فيهـا لإعلام من له الحق بحقية حقـه وتمكينه من استيفائه ، وا سبحانه مستغن عنهما ، فإنمـا هو في حقوقه تعالى استيفاؤها ، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعا ، وبالتقـادم لم تبق الشهادة ، فلا يصح هذا القضـاء الذي هو الاستيفاء

---

(١) الهداية ١٦٤/٤ وليس معنى هذا ألا يتبع الهارب من الحد الثابت بالشهادة فور هروبه ، فمـن هرب من الرجم مثلا ، فإنه يتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه . المبسوط ٦٩/٩ ـ حاشية ابن عابـدين ١٤٤/٣ .

ويذكر ابن عابدين في معنى الإمضاء من القضاء في الحدود : أي إمضاء الحد وإيقاعه بالفعل من القضاء ، فإذا لم يمضه ثم حصل مانع من العمل أو الشهادة بعد ثبوتها فكأنه لم يحصل القـضاء بها أصلا . السابق ١٤٥/٣ .

وقد أشار ابن عابدين أيضا إلى أن تقادم العقوبة مفرع على قول أبي حنيفة وصاحبيه في تقادم الجريمـة في الزنى والسرقة ، لأن الراجح أن التقادم مقدر فيهما بشهر ، أما في حد الشرب فـإن تقادم العقوبة مفرع على قول محمد فقط ؛ لأنه قدر التقادم فيه بشهر أيضا ، والشيخان قيـدا قبـول الشـهادة بالرائحة ، والمعلوم أن الشـارب لا يحد إلا بعد صحوه ، والصحو مظنة زوال الرائحة ، الأمر الذي نجد معه التقادم قبل الإمضاء ، برغم أداء الشهادة صحيحة ، أي أثناء وجود الرائحـة ، وهو ما لم يتوافر عند الإمضاء . ولكي يتصور تفريع تقادم العقوبة على قول الشيخين فـي تقـادم الجريمة لا بد أن يقام الحد قبل زوال الرائحة حال صحو الشارب أيضا . ويذكر ابن عابدين أنه لـم ير من قال بذلك قبله . انظر حاشية ابن عابدين ١٦٦/٣ .

وقد علق الرافعي على هذا الكلام بقوله : قد يقال إن هذا تفريع على قول الكل كما هو ظـاهر من إطلاقهم هنا ، وأنهما كما يشترطان وجود الرائحة عند القاضي يشترطان أيضا عدم التقادم بين القضاء والإمضاء ، بمعنى مضى الزمن الطويل ، لا بمعنى زوال الرائحة. تقريرات الرافعي ٤١/٢

فانتفى[1] .

وبجانب هذا الكلام للفقيه ابن الهمام، يذكر الشيخ أبو زهرة حجة مشابهة يقول : '' وحجة أئمة الفقـه الحنفي في إسقاطهم للحد بالتأخير بعد الحكم أن القضاء هو الشهادة وتنفيذ لمضمونها ، ولكن لا يتولى الشهود التنفيذ ، بل يتولاه ولي الأمر أو نائبه ، وهو نائب عن المجتمع في تنفيذ العقوبة ، والشهود نائبون عن المجتمع أيضا في أدائها حسبة، فهنا إنابتان : إنابة الحاكم في التنفيذ ، وإنابة الشهود في الأداء ، وكلتـا الإنابتين عن المجتمع ، وإحداهما متممة للأخرى ، فإنابة ولي الأمر عن المجتمع في التنفيذ متممة لإنابة الشـهود عن المجتمع في الأداء ، والارتباط بينهما على هذا وثيق لا انفصام له .

وإذا كان بيـن الشهادة والتنفيذ ذلك الارتباط الوثيـق (فإن ما)[2] يثبت لأحدهما يثبت للآخر ، فإذا كان التأخير يمنع من سماع الشهادة التي هي دعامة الحكم ، فالتأخير في تنفيذه يؤثر فيه كما يؤثر في الشهادة ''[3] .

ثم يذكر الحنفية أن التقادم شأنه في هذا شأن بقية أسباب إلغـاء الشهادة بعد انعقادها صحيحة[4] ، فبعد أن ذكـر ابن الهمام كلامه السابق أعقبه بقوله : وهذا رد المختلف إلى المختلف ، فإن كون قيـام الشهادة وقت القضـاء شرطا صحيح ، لكـن الكلام في معنى قيامها ، فعندهم[5] ما لم يطـرأ ما ينقضها من الرجوع[6] هي قائمة ، حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم .

---

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) في الأصل : فإنه لا . والصواب ما جاء أعلاه .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٩ ، ٥٠ .

(٤) توسع الحنفية ـ دون بقية المذاهب ـ توسعا غير مناسب في هذه الأسباب ، مثل توسعهم فـي مفردات بقاء أهلية الشاهد بعد أدائه الشهادة ، فمثلا لو عمي بعض شهود الزنـى بعـد الـشهادة لا يستوفى الحد . وليس هذا إلا لتوسيع نطاق قاعدة '' الإمضاء من القضاء في الحدود '' سعيا لـدرء الحد ما أمكن . البدائع ٥٩/٧ ـ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ١٤٥/٣ .

(٥) أي الجمهور .

(٦) أو ما يقدح في الأهلية أو العدالة . راجع : المغنى ١٩٧/١٤:١٩٩ ـ روضة الطـالبين ١١/ ٢٥١ ـ مقدمات ابن رشد ٢٨٨/٢ ، دار الغـرب الإسلامي ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٨هـ .

وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور[1] .

ويضيف السرخسي إلى ما سـبق من أدلة محلا مغايرا لإثبات التهمة ، حيث وجه التهمة هنا إلى أعوان الإمام بسبب تفريطهم في تحصيل الهارب من الحد ، يقول : '' إذا هرب فوجد بعد أيام : في القياس أنه لا يمتنع إقامة بقيـة الحد عليه ؛ لأنه إنما تأخر لعذر ، وهو هربه فلا يكون ذلك قدحا في الشهادة . ولكنه استحسن فقال العارض في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الإتمام كالمقترن بالشهادة ، بدليل عمى الشهود وردتهم ، وهذا لأن التفريط هنـا كان من أعوان الإمام حتى تمكن من الهرب منهم . فالظاهر أنهم مالوا إلى اكتسـاب سبب درء الحد عنـه ، ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه ، فكان هـذا والضغينة في الشهود سواء ''[2] .

وقد استثنى الحنفية حد القذف من الحدود التي تسـقط بتقادم الاستيفاء ؛ اعتبارا لحق العبد، ولكن بعض فقهاء المذهب اشترط تجديد المقذوف خصومته، فلو هرب الجاني مثلا أثناء حده فعلى المقذوف إعادة دعواه لتكميل الحد الواجب له ؛ لأنه بمنزلة العفو ابتداء ، فكما لا يقـام له الحد ابتداء إلا بطلبه ، كذلك لا يكمل له إلا بطلبه[3] .

هذا ما أدلى به الحنفية في درء الحد عن الجاني بسبب تقادم الشهادة قبل الاستيفاء ، أما الجمهور فلم ير ذلك سببا لدرء الحد ، فقد سبق أن أوضحنا عند الكلام عن تقادم الجريمة أنه لا يعتد بتقادم الإثبات ، ومن باب أولى عدم اعتداده بما نحـن بصدده من تقادم الاستيفاء ؛ لكونه فرعا عن تقادم الإثبات . ولذا لم يعتد الجمهور بتقـادم الاستيفاء كسبب من أسباب إلغـاء الشهادة بعـد انعقادها صحيحة .

---

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) المبسوط ٧٠/٩ .

(٣) تبيين الحقائق ٢٠٧/٣ ـ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٦٦/٣ ، ١٧٦ .

وقد استدل ابن الهمام **الحنفي** للجمهور ، ومضعفا رأي أئمة مذهبه ، بأن التقادم كان محل اعتبـار عند الإثبات نظرا لتهمة الشهود في تأخيرهم الشهادة دون عذر ، وهذه التهمة لا نجدها في تقـادم الاستيفاء ، فقد وجدت الشهادة بلا تقادم، ووقعت صحيحة موجبة ، وصدر الحكم على أساسها ، فلو تأخر الاستيفاء بعد هذا فإنه لا يكـون مسوغا لإسقاطه ؛ لخلو الأمر من التهمة التي هي مدار الأخذ بالتقادم[1] .

كما أن '' الحد يتقرر ويثبت بالحكم به ، فليس لأحد أن يؤخـر تنفيذه ، وتأخيره يعد تعطيلا للحدود ، وتجب المبادرة بالتنفيذ ومنع التعطيل . فإذا جـاء حاكم له سلطة التنفيذ ، وأمر بإقامة حد تعطل زمنا فقد أدى واجبـا ، وما كان التعطيل الآثم مبررا للتعطيل التام ، وهرب الجاني لا يعد عذرا ، وإذن تنصرف أذهان المرتكبين إلى إيجاد الحيل المختلفة للفرار من غير عودة ، (كما)[2] يسهل على الولاة الظالمين أن يسقطوا الحدود بحكم فقهي إذا أخروا إقامة الحد ''[3] .

فلا يسـلم لما قاله الحنفية من أن الإمضاء من القضاء في الحدود ، وأن ما ثبت في القضاء ينبغي أن يثبت في الإمضاء ، وما دام عدم التقادم قد ثبت في القضاء فإنه يجب تواجده أيضـا قبل الإمضاء . لا يسلم لهم هذا ؛ لأن قاعدة الإمضاء من القضاء في الحدود ، إن سلمنا بها في بعض جوانبها ـ مثل رجوع الشهود ـ فإنه لا ينبغي التسليم بها في بعضها الآخر والذي منه التقـادم ؛ لأن عدم التقادم عند القضاء مبني على نفي التهمة في الشهود ، وما دام الإمضاء من القضاء ، فإنه ينبغي توافر نفي التهمة عند الإمضاء ، وهـذا كائن بالفعل ، الأمر الذي يلزم عنه إيقاع الإمضاء . وأما القـول بعدم الإمضاء في هذه الحالة فهو طعن في صحة قاعدة الإمضاء من القضاء ؛ لأنه يلزم عن ذلك اختلاف ما ثبت في القضـاء عنه في الإمضاء ، فقد ثبت عدم التهمة في القضاء ، والقول

---

(١) فتح القدير ـ بمعناه ـ ٤/١٦٤ .

(٢) ليست بالأصل .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٩ .

بعدم العقوبة يعني ثبوت التهمة عند الإمضاء ، وهو ما لم يقع .

وإذا كـان الإمضاء من القضـاء في الحدود على إطلاقه فلمـاذا نص المرغيناني على أن الزانية '' الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كي لا تهرب ''[1] ؟!. لماذا لم يطبق الحنفية قاعدة الإمضاء من القضـاء على هذه المرأة التي تأخر استيفاء حدها بسبب حملها؟!. أيعد هروبها أولى من حبسها في رفع الحد عنهـا ؟!. أتكافئ من ترتكب سـببا لتعزيرها فوق حدهـا برفع العقـوبة عنها كلية ؟!.

ثم من أين يسـتدل الحنفية لقاعدة الإمضاء من القضاء في الحدود ؟. إذا كان الجمهور يقول برفع العقوبة إذا تبين فسق الشاهد عند استيفاء الحد فهذا من باب الطعـن في الشهادة التي كانت سـببا للحد ، حيث يغلب على هذا الشـاهد إضمار الفسق وقت شهادته ؛ لأن عوائد الإنسان لا تتغير غالبا في يوم وليلة . وهذا يعني أننـا يمكننا أن نرجع عـدم استيفاء الحد إلى وقـوع الشهادة غير صحيحة ، وليس إلى تطبيق هذه القاعدة .

وعلى هذا فإن ثبوت الحد يعتمد أساسا على صحة شروط القضاء وليس على دوام صحتها إلى وقت الاستيفاء ، فقد كان الشاهد مجروحا في حقيقة أمره وقت الشهادة وإن تأخر العلم بذلك . ومما يدل على أن مدار استيفاء الحد هـو توافر الصحة وقت القضاء فحسب ، أن القاضي لو تيقن دون شك صحة الشهادة وقت القضاء ، وأن ما طرأ على الشاهد من جرح إنمـا كان بعد شهادته ، فإنه ينبغي عليه استيفاء الحد لثبوت موجبه .

معنى هذا كله ، أن تطبيق الحنفية قاعدة الإمضاء من القضاء في الحدود في تقادم الاستيفاء ، يجعل القضاء بعد وقوعه صحيحا أمرا فارغا من محتواه ما لم يتحقق أثره بأن يستوفى الحـد . وأن عليهم الاكتفاء فحسب بانعقـاد شروط القضاء صحيحة لإثبات الجريمة .

---

(١) الهدايـة ١٣٧/٤ .

وأما قول الحنفية بجواز استيفاء الحاكم الحد دون تلفظ بقضاء ، بخلاف القضاء في حقوق غيره تعالى ، فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه ، وا سبحانه مستغن عنهما ، فإن القضـاء في حقوقه تعالى هـو استيفاؤها ، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعا، وبالتقادم لم تبق الشهادة ، فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء ، فانتفى[1] .

قول الحنفية هذا غير مسلم به أيضا ؛ لأن حق المولى سبحانه في الحدود هو حق المجتمع أيضا ، وإطلاق حق ا عليه إنما هو لتعظيم حرمته ، وكما أن الحنفية ذكروا فائدتين للقضاء في حقوق الأفراد فإننا نجدهما كذلك في الحدود .

فلابد من إعلام المجتمع ـ صاحب الحق ـ بحقه، يقول سبحانه ولْيشْهد عذَابهما طَائِفَةٌ من المؤْمِنين [2] ، فإذا كان شهود الاستيفاء مطلوبا فإنه يلزم عنه سبق أمر القاضي بالحكم ضرورة ، أي أن شهود طائفة من المجتمع استيفاء الحد يتضمن إعلامه بحقه بل يزيد عليه تنفيذه . كما أن من يشهد على حد من حدود ا سبحانه أمام القاضي ، ثم يستدعي القاضي المشهود عليـه ويواجهه بهذه الشهادة ثم يحكم عليـه بموجبها أمام الشهود وغيرهم ، ففي ذلك إعلام المجتمع بحقه ، والمتمثل في نيابة الشهود عنه ، إن لم يكن علم القاضي نفسـه بما حكم به إعلاما للمجتمع أيضا بحقه ؛ لنيابته عنه كذلك .

وأما تمكين المجتمع من استيفاء الحد فيتم عن طريق إنابة الحاكم ، وهذا لا يختلف كثيرا عن تمكين الفرد من استيفائه حقه الذي يتم بالحاكم أيضا .

وعلى هذا فلا بد من تمـايز مرحلتين في الحدود ، مرحلة القضـاء ثم الاستيفاء ، ودمج هاتين المرحلتين في مرحلة واحدة لتوحيد أحكامهما أمر لا يتفق وواقـع الحال . كما أن ولي الأمر لا يملك الافتئات على حق المجتمع في رفع العقوبة عمن ثبت عليه ما يوجبها .

---

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) النور : ٢ .

ولا يعترض على هذا الرد بأن الشرع قد دعا الشاهد للستر على صاحب الحد ، بحيث يكون هذا الأمر مساويا للحاكم الذي يسقط الحد بتقادم الاستيفاء ، وأن كلا الأمرين فيه تجاوز حق المجتمع . لا يعترض بهذا ؛ لأن ستر الشـاهد يختلف عما نحن بصدده ، فالشرع إذا دعا الشاهد للستر ، فقد أوجب على الحاكم إقامة الحد إذا بلغه ، فعلم الشاهد بالجريمة لا يعبرعن أي حق للمجتمع الذي لا يعلم بها أساسا ، فالجريمة في هذه الحالة لا تختلف عن جريمة لم يقف عليها أي شاهد وارتكبت في طي الكتمان . وهذا يختلف عما إذا بلغت الجريمة الحاكم ، فهو نائب عن المجتمع، فعلمه بها مساوٍ لعلم المجتمع ، بحيث لو ترك تنفيذ الحد لصار مقرا لانتهاك حدود ا ، فاتحا أبواب ارتكابها .

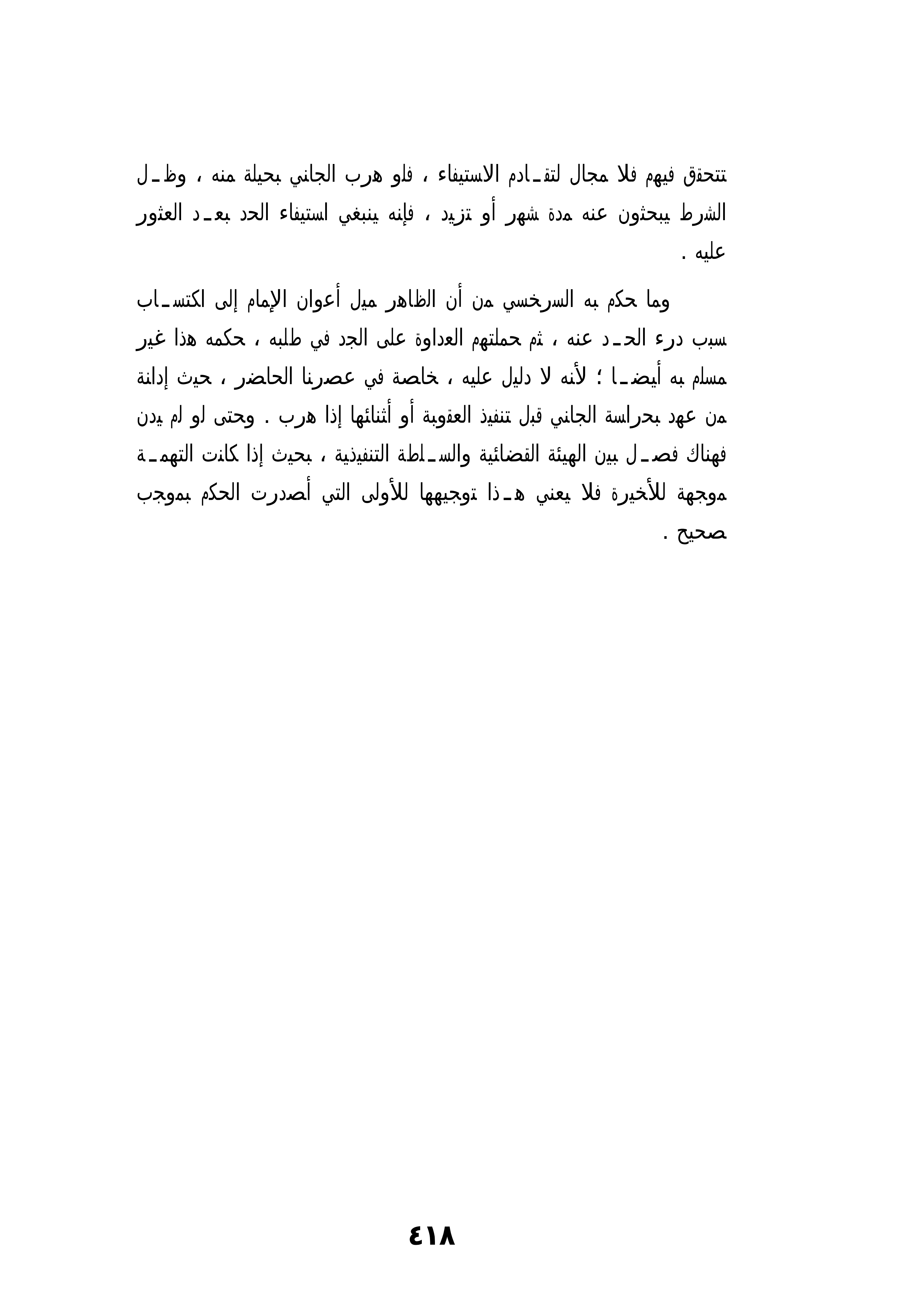
أما دليل القياس الذي ذكـره الحنفية ، بأن تقادم الاستيفاء شـأنه في هذا شأن بقية أسباب إلغاء الشهادة بعد انعقادها صحيحة ، دليلهم هذا لا يثبت ؛ لأن هذه الأسباب منها ما يؤثر تأثيرا مباشرا في صحة الشهادة نفسها ، كأن يرجع الشاهد في شهادته قبل الاستيفاء ، فهذا دليل على عدم صحتها ، أما التقادم قبل الاستيفاء فلا يدل بحال على عدم صحة الشهادة بعد أدائها صحيحة ، فلزم العمل بموجبها ، مثل سفر الشاهد بعد الأداء وقبل الاستيفاء غير المتقادم ، حيث لزوم العمل بهذه الشهادة .

وأما ما أضافه السرخسي[1] إلى أدلة الحنفيـة ، فمن كلامه يثبت خلاف ما أراده ، فقد ذكر أن مدة الهروب كانت أياما، ثم جعل هذه المدة التي عرضت بعد الشهادة كالمقترنة بهـا حتى يثبت لها نفس حكم هذا الاقتران ، والسرخسي نفسه ذكر أن الأصح في مدة تقادم الإثبات هي شهر ، وهذا يعني أن مرور أيام فقط قبل الشهادة لا يكون معه الإثبات متقادما، ومن ثم لا يكون الاستيفاء متقادما أيضا .

ثم على فرض أن مدة الهروب كانت شهرا أو تزيد ، فإن السرخسي قد جعل مدار تقادم الاستيفاء على تهمة أعوان الإمام ، وهذا يعني أن التهمة إذا لم

---

(١) راجع كلامه ص ٤١٣ .



تتحقق فيهم فلا مجال لتقـادم الاستيفاء ، فلو هرب الجاني بحيلة منه ، وظـل الشرط يبحثون عنه مدة شهر أو تزيد ، فإنه ينبغي استيفاء الحد بعـد العثور عليه .

وما حكم به السرخسي من أن الظاهر ميل أعوان الإمام إلى اكتسـاب سبب درء الحـد عنه ، ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه ، حكمه هذا غير مسلم به أيضـا ؛ لأنه لا دليل عليه ، خاصة في عصرنا الحاضر ، حيث إدانة من عهد بحراسة الجاني قبل تنفيذ العقوبة أو أثنائها إذا هرب . وحتى لو لم يدن فهناك فصـل بين الهيئة القضائية والسـلطة التنفيذية ، بحيث إذا كانت التهمـة موجهة للأخيرة فلا يعني هـذا توجيهها للأولى التي أصدرت الحكم بموجب صحيح .

المطلب الثاني

تقــادم التعزيـر[١]

بعد أن رأينا كيف أن الحنفية يسقطون غالب الحدود بالتقـادم ، كان من الملائم أن نتوقع منهم إسقاط التعزير به أيضا ، ولكن بمراجعة كتاب التعزير في كثير من مصادر الفقه الحنفي نجد ـ في قليل منها ـ يسير ذكر لهذا الأمر[٢] ، من ذلك ما ذكره الجلبي أثناء تعداده صورا من التعزير الخاص بحقوق العبـاد بأنه لا يسقط بالتقـادم[٣] ، وما ذكره أيضـا ابن عابدين عند تفرقته بيـن الحد والتعزير ، من أن الحد قد يسقط بالتقـادم بخلاف التعـزير[٤]، كذا وما نقله الدكتور عبد العزيز عامرعن الأستروشني[٥] الحنفي ، من أن التعزيرلا يسقط بالتقادم ، سواء منه ما يجب حقا تعالى ، وما يجب حقا للآدمي[٦] .

---

(١) يقول الماوردي : التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود . الأحكام السلطانية ص ٢٩٣ ويختلف الحد عن التعزير في بعض الأمور مثل تقدير العقوبة وعدمه ، كما أن الحد واجب التنفيـذ والإقامة على الأئمة بخلاف التعزير ففيه خلاف ، وأيضـا فإن مقدار العقوبة في الحـد لا يختلـف باختلاف قدر الجريمة ، فمن سرق ألفا كمن سرق مائة ألف ، أما التعزير فيختلف بـاختلاف قـدر الجريمة . إلى غير ذلك من فروق بين الحد والتعزير . انظر طرفا منها ـ على سبيل المثـال ـ : أنوار البروق في أنواع الفروق ، الفرق السادس والأربعون والمائتان بين الحدود التعازير ، ١٧٧/٤

(٢) لم أقف في المصادر الفقهية للمذاهب الأخرى على جعل التقادم سببا أو مسقطا مـن مـسقطات التعزير ؛ وقد جاء هذا موافقا لما ذهبت إليه هذه المذاهب من عدم تقادم الجريمة من حدود وغيرها، ولأن العفو عن التعزير يقوم مقام التقادم فيه ، فلا حاجة تقتضيه .

(٣) حاشية الجلبي على تبيين الحقائق ٢١٠/٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ١٧٧/٣ .

(٥) مجد الديـن أبو الفتح محمد بن محمود بن حسـين الأستروشني ـ نسبة لإقليم ببلاد مـا وراء النهر ، وفي رسـمها وضبطها خلاف ـ ، الفقيـه الحنفي ، مات سـنة ٦٣٢هـ ، من تصانيفه : الفصول ، جامع أحكام الصغار ، الفتاوى ، قرة العينين في إصلاح الدارين .

انظر : معجم المؤلفين لكحالة ٣١٧/١١ ، دار إحيـاء التراث العربي ببيروت ، بدون تاريخ .

مقدمة محقق كتابه : جامع أحكام الصغار .

(٦) الفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب ، للأستروشني ، ص ٤ ، عن التعزير في الشريعة الإسلامية ، د.عبد العزيز عامر ، ص ٤٤٦ ، دار الكتاب العربي بمصر ، طبعة سـنة ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م .

وبهذا يتبين لنا أن قـول الشهيد عبد القـادر عودة '' وخلاصة رأي الحنفيين في سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم ، أيا كان الدليـل الذي بني عليـه الحكم ''[1] ، قوله هـذا غير صحيح ، يؤكـد ذلك أن المصدرين اللذين أوردهما في حاشيته ، واستخلص منهما أحكام التقادم ـ وهما فتح القدير ، حاشية ابن عابدين ـ ليس فيهما ما يشهد لقوله ، بل إن ابن عابدين سبق أن نقلنا قوله في إقصاء التقادم عن التعزير .

والسؤال المتبادر الآن : لماذا لم يأخذ الحنفية بتقـادم التعزير الخاص بحق المولى سبحانه ، برغم أنهم أخذوا بتقادم الحد الخالص له سبحانه ، وبرغم أن الحد شيء واجب ومقدر شرعا بخلاف التعزير ، الأمر الذي يجعل التعزير أقرب لسقوطه بالتقادم من الحد ؟ .

ونبدأ الجواب بذكر ما علق به الدكتور عبد العزيزعامر على نقله السابق عن الأستروشني ، فقد أشار إلى أن هذا القـول فضلا عن أنه لا دليل عليه فإنه يخالف مسلك الشارع الإسلامي في العفو ، فإن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة وعن العقوبة في التعـزير إذا رأى أن في ذلك مصلحة ، مادام أن الأمر في نطاق التعزير الواجب تعالى . وهذا القـول يقتضي جواز سقوط الجريمة وسقوط العقوبة بالتقـادم في التعزير ، إذا دعت لذلك مصلحة ، دون مساس بالحقوق الشخصية للأفراد[2] .

فنلاحظ هنـا أن الدكتور عامرا قد عاب على الحنفية عدم أخذهم بتقادم التعزير الخاص با عز وجل ؛ لأن ذلك يخالف مسلك الشارع في العفـو عن التعزير . ولكن ما دام الحنفية يرون وجوب التعزير الواجب حقـا تعالى على الإمام ، إلا فيمـا علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك فيجوز له العفو عنه ، أي

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ٧٨١/١ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ، طبعة ثامنة سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .

(٢) التعزير ص ٤٤٦ .

أن هذا التعزير مفوض إلى رأي الإمام ، إن ظهر له المصلحة فيه أقامه ، وإن ظهر عدمها أو علم انزجاره بدونه تركه[١] . ما دام الحنفية يحققون بكلامهم هذا ما يرمي إليـه التعزير، سواء في الأخذ به أو تركه ، فما الجديد الذي يضيفه التقادم إلى هذه الغاية المنشودة من تشريع التعزير وتخويل الحاكم تحقيقها ؟!.

ولذا كان من المناسب أن يجري الحنفية التقادم على الحدود دون التعزير؛ لأن الحنفية يرون أن الحاكم ليس له إسقاط العقوبة عن صاحب الحد حتى لـو جاء مقرا تائبا[٢] . وعلى هذا فقد جعلوا التقـادم في الحدود عوضا عن العفو ، أما التعزير فلا مانع فيه من العفو ما دامت المصلحة تقتضيه .

هذا ، وقد أيد الدكتور عامر رأيه السـابق بثلاثة أدلة ، جاء ثانيها معادا لما ذكره من قياس التقادم قياس الأولى على العفو. أما الدليل الأول فقد قال فيه: ''جمهور الفقهاء مع اختلافهم في أثر التقـادم على الجريمة وعلى العقوبة في الحدود ، فإنهم متفقون على أن التقادم في التعزير يجوز أن يسقط الجريمة وأن يسقط العقوبة ، إذا رأى ولي الأمر أن في ذلك مصلحة تقتضيه ''[٣] .

ولكن أين وجـد الدكتور عامر هـذا الاتفاق ؟!. فقد سبق أن ذكـر هو نفسه ـ ووسعنا من ذكره ـ أن الحنفية لم يذهبوا إلى تقادم التعزير ، فغيرهم أولى بهذا القـول . وقد سبق الشهيد عودة الدكتور عامرا في التعبير عن هـذا المعنى بعبارة جمع فيهـا فحوى أدلـة الدكتور عامر مجتمعة ، يقول : '' أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليهـا يقتضي القـول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولي الأمر ذلك تحقيقا لمصلحة عامة ؛ لأن لولي الأمر

---

(١) فتح القدير ٢١٣/٤ ـ ابن عابدين ١٨٧/٣ .

(٢) باستثناء الحرابة بنص الآيـة ، أما سـائر الحدود فلا تسقط بالتوبة عنـد الحنفية كما يقول ابن الهمام . فتح القدير ٢٧٢/٤ وانظر تفصيل مذاهب الفقهاء في إسقاط الحدود بالتوبـة : التـشريع الجنائي الإسلامي ٣٥٣/١ ـ فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص٦٢ ـ الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ١٧٠/٦ ، دار الفكر بدمشق ، طبعة ثانية ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

(٣) التعزير ص ٤٤٦ .

حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة في جرائم التعازير ، وإذا كان لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فورا فإن له أن يعلـق سقوطها على مضي مدة معينة ، إن رأى أن في ذلك مصلحة عامة أو يدفع مضرة ''[1] .

وقد قال الشهيد عودة قوله هـذا في نهاية عرضه لموقف الفقهـاء من تقادم **الحدود** ، وقد يظن القارئ أن هؤلاء الفقهاء قد سبقوه بهذا القـول وأنه يقدم تفسيرا له ، وهذا فيه من خبرة الأداء عنه من تصريح الدكتور عامر بنسبته إليهم .

يتبقى الدليل الثالث للدكتورعامر ، يقول: '' المصلحة التي قد تدعو إلى العفو عن الجريمة أو عن العقوبة قد تكون حافزا على التغاضي عن الجريمة أو على ترك تنفيذ العقوبة عند التقـادم ؛ إذ قد تستنفد العقوبة أغراضها بتقـادم العهد على ارتكاب الجريمة أو على صدور الحكم بالعقوبة ، فيكون العقاب لا داعي له ولا حاجة إليـه . وقد يجـد ولي الأمر أن الجاني بهربه من النـاس وانزوائه عن المجتمع مدة من شأنها أن تزجره وتصلح ما اعوج من شأنه لم يعد في حاجة لعقاب، فضلا عن أن مضي مدة على ارتكاب الجريمة أو على صدور الحكم فيهـا قد ينسى المجتمع ما كان في الجريمة من انتهاك لحرماته ، أو على الأقل قد يحمله على تناسي ذلك ، فلا يكون من المصلحة تجديد ذكرى الجريمة بمحاكمة الجاني عليها أو تنفيذ الحكم الذي كان قد صدر فيها ''[2] .

فالدكتورعامر يقدم في هذا الدليل المسوغات التي تدفع الحاكم إلى تشريع التقادم في جرائم التعازير ، وقد سبق عرض هذه الدوافع وأكثر منها في فصل أساس التقادم ، وعرضنا فيه أيضا الرد عليها تفصيليا ، وسيأتي تفصيل آخر لهذا الأمر في مبحث (مناقشة وتعقيب) الذي حان عرضه الآن .

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ٧٧٩/١ .

(٢) التعزير ص ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

المبحث الثاني

مناقشـــة وتعقيـب

المطلب الأول   مناقشة تقادم الإقــرار بالجريمة

المطلب الثاني   مناقشة تقادم الشهادة بالجريمة

المطلب الأول
مناقشة تقادم الإقرار بالجريمة

بعد أن استعرضنا مواقف الفقهاء تجاه تأثيرالتقادم في الجرائم والعقوبات، اتضح لنـا أن الآخذين به يخصون تأثيره في وسيلتين من وسائل الإثبات ، هما الإقرار والشهادة ، سواء أكانت هـذه الشهادة مما يتوقف قبولهـا على دعوى أم لا .

ونقتصر في مناقشتنا هنـا على تقادم الجريمة ؛ إذ سبق أن بينا أن قول الجمهور بعدم تقادم العقوبة الحدية الثابت حكمها بالشهادة هوالراجح في المسألة، وأن ما استدل به الحنفية لم يسلم من الرد والطعن ، فلا حاجة إلى إعادة ذكـره هنا . والأمر الذي يحتاج إلى بيـان وتفصيل وبسط ومناقشة وتعقيب هو تقادم الجريمة ، علنا نصل معه إلى ما نرجو صوابه .

ونبدأ بمناقشة تقادم الإقرار بالجريمة في الحدود ، وقد سبق أن رأينا أن الخلاف يتمثل بيـن الشيخين ـ أبي حنيفة وأبي يوسف ـ وبيـن الجمهور ـ ومعهم الإمام محمد ـ في تقـادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسـكر ، كما يتمثل الخلاف أيضا بين الإمامين ابن أبي ليلى وزفر وبين الجمهور في تقادم الإقرار في جميع الحدود[1] .

وقد ذكرنا أن خلاف الشيخين مع الجمهور والإمام محمـد يتمثل في أن الشيخين قد ذهبا إلى القول بتقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر ، أما تقادم الشرب ـ دون السكر منه ـ فمدته عندهما هي زمن بقـاء رائحة الخمر في فمه ، فمن شرب خمرا دون السكر فذهب للحاكم وأقر على نفسه بالشرب ، فعلى الحاكم أن يأمر باستنكاه فمه ، فإن كانت رائحة أقام الحد ، وإلا فلا . وكذلك من سكر من الخمر أو من غيرها ، إن أفاق من سكره وأقر على نفسه بالسكر فإن الحاكم يفعل معه مثلما فعل في الشرب .

---

(١) نظرا لأن أدلة الإمامين ابن أبي ليلى وزفر جاءت محدودة ، كان من الأفضل مناقـشتها فـي موضعها ـ راجع ' ثالثا ' في المبحث السابق ص ٤٠٧ ـ فلا حاجة إلى إعادة ذكرها هنا .

أما الجمهور فقد ذهب إلى أن الإقرار بشرب الخمر أو السكر من غيرها لا يتقادم ، فمن شرب خمرا ـ سكر أو لم يسكر ـ ثم أقر ـ بعد صحوه إذا كان قد سكر منها ـ على نفسـه بشربها ـ ذهبت رائحتها من فمـه أو لم تذهب ـ ، كذا ومن سكر من غير الخمر ثم أقر على نفسه بعد صحوه ـ ذهبت رائحته من فمه أو لم تذهب ـ فإنه في كل هـذا يقام عليه الحد ، حتى لو جاء إقراره بعد سنوات طوال من شربه أو سكره .

ونبدأ بذكر أدلة الشيخين ، فقد استدل لرأيهما :

ـ بأن عمر بن الخطاب رضي ا عنه أتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها ، واعترف به ، فعزره ولم يحده[1] .

ـ وبأنه أيضا جلد رجلا وجد منه ريح الخمر حدا تاما[2] .

ـ وبأن ابن مسعود رضي ا عنه '' أتاه رجل بابن أخيه وهو سكران ، فقال : إني وجدت هذا سكران يا أبا عبد الرحمن . فقال ترتروه ومزمزوه واستنكهوه . فترتروه ومزمزوه واستنكهوه ، فوجدوا منـه ريح شراب ، فأمر به عبد ا إلى السجن ، ثم أخرجه من الغد ، ثم أمر بسوط فدقت ثمرته حتى آضت له مخفقة ، ثم قال للجلاد : اضرب وأرجع يدك ، وأعط كل عضو حقه ..... '' الحديث[3].

ولا يخفى وجـه الاستدلال بالحديث الأول ، أما الحديثان الثاني والثالث ففيهما أن عمر وابن مسعود رضي ا عنهما أقاما الحـد بالرائحة ، ويذكـر الحصكفي أن الحـد ثبت '' بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسعود ـ رضي ا عنهم أجمعين ـ وهما شرطا قيام الرائحة ''[4] . ويشرح ابن عابدين هـذا بقوله : '' هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيـام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه ؛ لأن الإجماع لم يكمل

(١) سيأتي الكلام عنه ص ٤٢٧ : ٤٣٠ .

(٢) سيأتي الكلام عنه ص ٤٣١ ، ٤٣٢ .

(٣) راجع تخريجه وشرح غريبه ص ٣٨٥ ، وسيأتي الكلام عنه ٤٣٢ : ٤٤٠ .

(٤) الدر المختار ١٦٥/٣ .

إلا بقول من اشترط قيامها ''[١] .

كما يذكـر الكاساني أن '' حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة ، وإنما عرف بإجماع الصحابة ، وإجماعهم لا ينعقد بدون عبد ا بن مسـعود رضي ا عنه[٢] ، ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحـة ''[٣] . ثم ذكر حديث ابن مسعود السـابق وأعقبه بقوله : '' وأفتى رضي ا عنه بالحد عند وجود الرائحـة ، ولم يثبت فتواه عند عدمها ، وإذا لم يثبت فلا ينعقد الإجمـاع بدونه ، فلا يجب بدونه ؛ لأن وجوبه بالإجماع ، ولا إجماع ''[٤] .

وإذا ثبت أن الإجماع على إقامة الحد قائم فقط عند وجود الرائحة ، فإننا إذن بصدد تعارض مع حديث '' من شرب الخمـر فاجلدوه .....''[٥] ، حيث إنه عام في كـل من شرب الخمـر . وقد تعددت أقـوال الحنفية في دفع هـذا التعارض ، من ذلك ما ذكره الزيلعي بأنه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا بإجماعهم[٦] ويذكر سـعدي جلبي أنه لما تمكنت فيه الشـبهة بالتخصيص لم يجز إيجاب الحد به[٧] .

هذا ، ويفهم من كلام السرخسي في الاستدلال بحديث ابن مسعود رضي ا عنه ، أننا لسنا بحاجة إلى الإجماع في التدليل لرأي الشيخين ، حيث يذكـر أن حد الخمر ضعيف ، إذ إنه لا نص فيه ، فلا يقـام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به ، وإنما ورد الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ، ولوجود

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٦٥/٣ .

(٢) فضلا عن عمر رضي ا عنه .

(٣) البدائع ٥١/٧ .

(٤) السابق ٥١/٧ مع مراعاة أن الكاساني نسب ما ذكره ـ سهوا ـ للإمام محمد وليس للشيخين ، وقد تبعه في هذا السـهو الشـيخ أبو زهرة في موضعين من كتابه فلسـفة العقوبة 'القسم الثـاني' ص ٤٤ ، ٤٨ ثم عاد فذكر صواب النسبة ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٥) حديث صحيح ، أخرجه الحاكم وغيره ، المستدرك ـ كتاب الحدود ـ ٣٧١/٤ وما بعدها .

(٦) تبيين الحقائق ١٩٧/٣ .

(٧) حاشية سعدي جلبي ١٨١/٤ .

الخمر في بطنه علامـة ، وهي وجود الرائحـة ، فلا يقضى إلا بظهور تلك العلامة[1] .

هذا بسط لما استدل به للشيخين ، أما الإمام محمد فقد استدل لعدم تقـادم الإقرار بالشرب ولا السكر ، بأن أساس التقـادم هو التهمة ، والتهمة منتفية في حق المقر على نفسه ، الأمر الذي يمنع القول بالتقادم ، شأنه في ذلك شأن بقية الحدود ، فهو حد ظهر سببه عند القاضي ، فلا يشترط لإقامته بقاء أثر الفعل[2]. وعلى الرغم من أن المذهب على قول الشيخين ، فإن بعض الحنفية رجحوا قول محمد من جهة المعنى ، وردوا على ما اسـتدل به للشيخين ، إلا الحديث الأول عن عمـر رضي ا عنه[3] ، فلم أجـد واحدا منهم ذكـره في معرض تأييده لرأي محمد بالرد عليـه ، وقد بحثت عنه ـ قدر جهدي ـ في كثيـر من كتب السنة وفهارسها فلم أقف عليـه ، وإنما وقفت على ما يعارضه ، وهو أن النبي صلى ا عليه وسلم لم يستنكه شاربا ، وإنما كـان يعاقبه ما دام ثبت دليـل الإدانة .

وكذلك لم يوقت عمر رضي ا عنه وجوب العقوبة ببقاء الرائحة في فم الشارب ، فقد ثبت أنه لم يسأل عمرو بن العاص رضي ا عنه ، حينما أقام عمرو الحد بمصر على ابنه ـ ابن عمر بن الخطاب وقد أقر على نفسـه بعد صحوه ، وفي رواية أنه أقر في اليوم التالي لليلة شربه ـ لم يسأل عمر عمرا رضي ا عنهما عن رائحة الشراب هـل كانت موجودة وقت إقراره أم أنها زالت ـ ليكون ذلك سبيلا لإسقاط العقاب عنه ـ ؟. الثابت أن عمر أقر عمرا رضي ا عنهما على ما فعله ، وأرسل إليه بأن يبعث إليه ابنه . حتى إذا ما أتاه جلده ثانية تأديبا .

---

(1) المبسوط ١٧٢/٩ .

(2) فتح القدير ١٨١/٤ ـ المبسوط ١٧١/٩ .

(3) وهو أن عمر رضي ا عنه أتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها ، واعترف بـه ، فعزره ولم يحده . تبيين الحقائق للزيلعي ١٩٧/٣ .

وما لنا نذهب بعيدا وقصة عمر مع قدامة بن مظعون البدري رضي ا عنهما بهـا من شواهد ما نحن بصدده ما يفي بالاستدلال ، ونظرا لتعدد هـذه الشواهد يجدر بنا أن نذكرالقصة ، فقد روى عبد الرزاق بسند صحيح '' أن عمر بن الخطاب استعمل قدامة بن مظعون على البحرين ـ وهو خال حفصة وعبد ا بن عمـر ـ فقدم الجارود سـيد عبد القيس على عمر من البحرين ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إن قدامة شرب فسـكر ، ولقد رأيت حدا من حـدود ا ، حقـا علي أن أرفعه إليك . فقال عمر: من يشهد معك ؟ قال : أبو هريرة. فدعا أبا هريرة ، فقـال : بم أشهد ، قال لم أره يشرب ، ولكني رأيته سكران . فقال عمر : لقد تنطعت في الشهادة . قال : ثم كتب إلى قدامة أن يقدم إليه من البحرين . فقال الجارود لعمر : أقم على هذا كتاب ا عز وجل . فقال عمر : أخصم أنت أم شهيد ؟!. قال بل شهيد ، قال : فقد أديت شهادتك . قال : فقـد صمت الجارود حتى غدا على عمر ، فقال : أقم على هذا حد ا . فقال عمر : ما أراك إلا خصما ، وما شهد معك إلا رجل . فقال الجارود : إني أنشدك ا . فقال عمر : لتمسكن لسانك أو لأسوءنك. فقال الجارود : أما وا ما ذاك بالحق، أن شرب ابن عمك وتسوءني . فقـال أبو هريرة : إن كنت تشك في شهادتنا فأرسل إلى ابنة الوليد فسلها ـ وهي امرأة قدامة ـ . فأرسل عمر إلى هند ابنة الوليد ينشدها ، فأقامت الشهادة على زوجهـا . فقال عمر لقدامة : إني حادك . فقال : لو شربت كما يقولون ما كان لكم أن تجلدوني . فقال عمرلقدامة : لم؟ قال قدامة : قال ا تعالى : ليس علَى الَذِين ءامنُوا وعمِلُوا الصالِحاتِ جنَاح فِيما طَعِموا إِذَا ما اتقَوا وءامنُـوا وعمِلُوا الصالِحاتِ ثُم اتقَوا وءامنـُوا ثُم اتقَوا وأَحسنُوا والله يحِب المحسِنِين [1]. فقـال عمر : أخطـأت التأويل ، إنك إن اتقيت اجتنبت ما حرم ا عليك .

قال : ثم أقبل عمر على الناس فقال : ماذا ترون في جلد قدامة ؟ قالوا : لا نرى أن تجلده ما كان مريضا . فسكت عن ذلك أياما ، وأصبح يوما وقد عزم

---

(١) المائدة : ٩٣ .

على جلده ، فقـال لأصحابه : ماذا ترون في جلد قدامـة ؟ قالوا : لا نرى أن تجلده ما كان ضعيفا . فقال عمر: لأن يلقى ا تحت السياط أحب إلي من أن يلقاه وهو في عنقي ، ائتوني بسوط تام ، فأمر بقدامة فجلد ، فغاضب عمر قدامة وهجره ، فحج وقدامة معه مغاضبا له ، فلما قفلا من حجهما ونزل عمر بالسقيا نام، ثم استيقظ من نومه، قال : عجلوا علي بقدامة فائتوني به ، فوا إني لأرى أن آتيا أتاني فقـال : سالم قدامة فإنه أخوك . فعجلوا إلي به . فلما أتوه أبى أن يأتي ، فأمر به عمر ـ إن أبى ـ أن يجروه إليه . فكلمه عمر ، واسـتغفر له . فكان ذلك أول صلحهما ''[1] .

ومع غض الطرف عن الطعون الموجهة إلى دليل الإثبات ، وعما اعتمد عليه عمـر رضي ا عنه في إقامة الحد في هـذه القصة ، فإننا نرى كيف أن عمر رضي ا عنه لم يعـذر البدري المغفور له قدامة بن مظعون رضي ا عنه في خطئه في تأويل الآية . فأيهما أولى قبولا عند عمر رضي ا عنه لدرء الحد : ذهاب رائحة الشراب من فم الشارب حـال إقراره ، أم فهم غير صحيح لآية من كتاب ا ، ظن صاحبه الذي **آمـن وعمل صالحا واتقى وأحسـن** ظن أنها تحل له الشراب ؟!.

ولا يعترض بأن قدامة رضي ا عنه كان يعلم أن الشارب كان يعاقب على شربه مذ عهـد النبوة ؛ ذلك أنه ظن أن الآية تستثني من الجنـاح ومن ثم العقوبة من اتصف بأوصافها، وهذا ما صرح به ـ كما في الروايات الأخرى ـ ولكن هذا كله لم يجد عند عمر رضي ا عنه عذرا في درء الحد عنه ، و رد ـ ومعه ابن عباس رضي ا عنهم كما في الروايات الأخرى أيضا ـ تأويله ،

---

(١) مصنف عبد الرزاق ، كتاب الأشربة ، باب من حد من أصحاب النبي صلى ا عليـه وسـلم ٢٤٠/٩ وانظر القصة بسياق آخر :

ـ مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود : باب من قاء الخمر ما عليه ، ٣٩/١٠ ، باب في الرجل يضرب في الشراب يطاف به أو ينصب للناس ، ١٢٨/١٠ ، ١٢٩ .

ـ مستدرك الحاكم ، كتاب الحدود ، ٣٧٥/٤ ، ٣٧٦ .

وبين له عدم صوابه .

ثم أيهما أولى قبولا أيضـا عند عمر رضي ا عنه لدرء الحد : ذهاب رائحة الشراب من فم الشارب حال إقراره، أم اعتبار ضعف الشارب ومرضه؟! الأمر الذي قد يودي بحياته ، خاصة أن من استشارهم عمـر من الصحابة رأوا عدم إقامة الحد عليه ما دام مريضـا . ألا كان يكفي عمر رضي ا عنه أن يعاقبه بعقوبة غير بدنية ، كما كفـاه درء الحد بذهاب الرائحة كما يقول الشيخان ؟! .

ثم أيهما أولى بخشية عمـر رضي ا عنه يوم القيامة : درء الحد عن قدامة بن مظعون رضي ا عنه وفي أسباب درئه عنه ما قد مضى ، أم درؤه عن رجل لكون رائحة الشراب قد ذهبت عنه قبل إقراره ؟! .

وأخيرا .... ألم يكن في وسع عمـر رضي ا عنه درء الحد عن قدامة رضي ا عنه بذهاب الرائحة ، إذا كان هذا هو مذهبه ؟! .

وبعد هاتين الواقعتين ـ وغيرهما ـ يثبت أن عمر رضي ا عنه لم يكن ليأمر باستنكاه مقر بشرب ليجعل من عدم وجـود الرائحة حال الإقرار سـببا لدرء الحد ، وما جاء به الزيلعي[1] في تبيينه من أنه رضي ا عنه درء الحد عن رجل لهذا السبب ـ لو اعتبرنا صحة السند غير المذكور أصلا ـ إنما هو من قبيل الرواية الشـاذة التي ينبغي طرحها أمام الروايات الثابتـة المتعددة عنه رضي ا عنه ، التي أجمعت على مخالفتها . كما أنه يمكن تأويل هذه الرواية الشاذة بأن عمر رضي ا عنه لقنه درء الحد ، أو أن الرجل نكل عن إقراره ، أو غير ذلك من أسباب درء الحد .

---

(١) وهو غير الحافظ الزيلعي صاحب نصب الراية . انظر ترجمتهما : معجم المـؤلفين ١٦٥/٦ ، ٢٦٢ ـ ١٣/٨ . وانظر الحديث بالتبيين ٣ / ١٩٧ .

هذا عن الحديث الأول الذي استدل به لرأي الشيخين ، أما الحديث الثاني فهو ما رواه '' مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أنه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقـال : إني وجدت من فلان[1] ريح شراب ، فزعم أنه شراب الطلاء . وأنا سائل عما شرب ، فإن كان يسكر جلدته . فجلده عمر الحد تاما ''[2] .

وقد سبق عرض أقوال بعض فقهاء الحنفية في وجه الاستدلال بالحديث[3]، وقد حاول ابن الهمام دفع الاستدلال به ، بأن رجح عليه أن عمر رضي ا عنه كان يعزر فحسب من وجد منه ريح الخمر[4] ، ولم يرض قول ابن المنذر بأن عمر رضي ا عنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما[5] .

أي أن ابن الهمام أقر رواية إقامة عمر رضي ا عنه الحد تاما بوجود الريح ، بيد أنه رجح عليها رواية التعزير فحسب ، ولكـن الأفضل مسلكا في نفي حد عمر رضي ا عنه بالريح هو إثبات ذلك من الرواية نفسها، أي توجيه رواية أنه كان يحد بالريح على أنه كان لا يحد بها؛ حتى لا يكون هناك تعارض بين الروايات ويتسنى العمل بجميعها، وهذا المسلك هو ما ذكـره الحافظ ابن حجر ، يقـول : '' ليس في قصة عمر التصريح أنه جلد بالرائحة ، بل ظاهر

---

(١) هو أحد أبنـاء عمر رضي ا عنه . انظـر : المنتقى شرح الموطـأ ١٤٢/٣ ، فتح البـاري ٦٥/١٠ .

(٢) الموطأ ، كتاب الأشـربة ، باب الحد في الخمر . كما أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجـزم : كتاب الأشربة ـ باب الباذق ، ومن نهى عن كل مسكر من الأشربة .

(٣) راجع ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ .

(٤) من ذلك ما رواه عبد الرزاق عن معمر عن إسماعيل بن أمية قال : '' كان عمر إذا وجد مـن رجل ريح شراب جلده جلدات إن كان ممن يدمن الشراب، وإن كان غير مدمن تركه ''. المصنف ، كتاب الأشربة ، باب الريح ـ ٢٢٨/٩ ـ مع مراعاة الانقطاع بين إسماعيل بن أمية وعمر رضي ا عنه ، غير أنه كان ثقة ثبتا ، يقول ابن عيينة : '' لم يكن عندنا قرشيان مثل إسماعيل بن أمية ، وأيوب بن موسى '' . ويقول أحمد بن حنبل : '' إسماعيل أقوى وأثبت في الحديث من أيـوب '' . وبقية أهل الفن على توثيقه أيضا . انظر تهذيب الكمال ٤٥/٣:٤٩ .

(٥) فتح القدير ١٨٠/٤ ، وانظر ما نسبه ابن المنذر إلى طائفة من أهل العلم في : الإشراف ٨٨/٢

سياقه يقتضي أنه اعتمد في ذلك على الإقرار أو البينة ''[1] .

ودليل الإقرار هـو قول عمر رضي ا عنـه في الرواية عن ابنـه : '' **فزعم** أنه شراب الطلاء '' ، وأما دليـل الشهادة فهو في الرواية التي عزاها ابن حجـر إلى سعيد بن منصور الذي رواها عن ابن عيينة عن الزهري سمع السائب بن يزيد : '' قام عمر على المنبر فقال : **ذكر لي** أن عبيد ا بن عمر وأصحابه شربوا شرابا ، وأنا سائل عنه ، فإن كان يسكر حددتهم ''[2] .

وبهذا يثبت أن عمر رضي ا عنه لم يعتمد في حد ابنـه على الرائحة فحسب ، وإنما كان ذلك بالإقرار أو الشهادة أو بهما معا[3] .

ثم على افتراض صحة أن عمر رضي ا عنه جلد ابنه بالرائحة فليس في هذا دليل على أنه قيد قبول الإقرار بوجود الرائحة ؛ لأنه لا يلزم التلازم بين الأمرين .

وعلى هذا فإنه لا يستقيم للشيخين الاستدلال لرأيهما بحديث عمر رضي ا عنـه ، ويتبقى لهما حديث ابن مسعود رضي ا عنه السـابق في الترترة والمزمزة والاستنكاه، وقد سبق أن ذكرنا وجه الاستدلال منه فقد ذكر الحصكفي أن الحد ثبت '' بإجمـاع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسـعود ـ رضي ا عنهم أجمعين ـ وهما شرطا قيـام الرائحة ''[4] ، ويشرح ابـن عابدين هذا بقوله : '' هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار، فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه ؛ لأن الإجمـاع لم يكمل إلا بقول

---

(١) فتح الباري ١٠/٦٥ .

(٢) لم أقف على هـذه الرواية بالجزء المطبوع من سنن سعيد بن منصور . وانظرها بفتح الباري ١٠/٦٥ .

(٣) وعلى هذا يحمل أيضا ما ذكره ابن حجرعن عمر رضي ا عنه من شم الشارب ، وذلك خلال شرحه لما علقه البخاري بصيغة الجزم ، قال : '' وقال عمر رضي ا عنه لنشوان في رمضان : ويلك ، وصبياننا صيام . فضربه '' . البخاري ، كتاب الصيام ، باب صوم الصبيان .

(٤) الدر المختار ٣/ ١٦٥ .

من اشترط قيامها ''[1] .

هذا هـو أحد وجهي الاستدلال بالحديث ، والوجه الآخر هو ما ذكـره السرخسي ـ وقد سبق أيضا ـ من أن حد الخمر ضعيف ؛ إذ لا نص فيه ، فلا يقام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به ، وإنما ورد الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ، ولوجود الخمر في بطنه علامة ، وهي وجـود الرائحة ، فلا يقضى إلا بظهور تلك العلامة[2] .

وإذا كان السرخسي وبعض الحنفية قد انتصروا لرأي الشيخين ، فإن بعضا آخر منهم انتصر لرأي محمـد ، وردوا حديث ابـن مسعود من حيث المعنى[3] ، وقد يوحي هـذا بصحة الحديث سندا ، ولكـن حقيقة الأمر هي أن الحديث ضعيف السند أيضـا ؛ لأن مدار طرق الحديث على أبي ماجد الحنفي الذي روى ما رآه من فعـل ابن مسعود رضي ا عنه بالسكران ، وأبو ماجد هـذا ذكر عنه أهل الحديث أنه ضعيف ، متروك ، مجهول ، منكر الحديث[4] .

وبضعف أثر ابن مسعود يثبت عدم صحة كلام السرخسي الذي يلزم عنه رفع الحد مطلقا في كافة الأحوال ، إذ إنه '' لا نص فيه '' وكذا '' لا أثر '' .

ثم على افتراض صحة الحديث فإن كلام السرخسي غير مسلم به أيضا ؛ حيث إن قولـه '' حد الخمر ضعيف ، إذ إنه لا نص فيه ، فلا يقـام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به ، ..... '' غير صائب ؛ لأن عقوبة شرب الخمر قد

---

(1) حاشية ابن عابدين ٣/١٦٥ .

(2) المبسوط ٩/١٧٢ .

(3) يقول ابن الهمام : استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى ، وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطيع ، فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده ؟!. فإن صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب ، مدمنا عليـه ، فاستجاز ذلك فيه . فتح القدير ٤/١٨٠ ، وانظر حاشية الجلبي على تبيين الحقائق ٣/١٩٦ .

(4) انظر أقوال أهل الحديث في أبي ماجد الحنفي : تهذيب التهذيب ١٢/٢١٦ .

ثبتت في عهد الرسالة نوعا لا مقدارا[1] ، والسرخسي لا يتكلم هنا عن المقدار ؛ لأنه يعالج سبب رفـع الحد ، ولا شك أن هذا ليس له أدنى تعلق بالمقدار ، فأين يقف حديث ابن مسعود أمام الأحاديث الثابتة ، المرفوع منها والموقوف ، والتي لم تشترط بقاء رائحة الخمر في فم المقر بشربها حتى يتسنى عقابه ؟! .

كما يذكر ابن الهمام أن حديث ابن مسعود رضي ا عنه ليس فيه إقرار مطلقا ، وتبعا لذلك فإنه لا يدل على تعطيل الإقرار عند ذهاب الرائحة ، وغاية ما يستدل به هو كونه رضي ا عنه اكتفى بالرائحة فحسب في إقامة الحد ، وقد كان هذا مذهبه رضي ا عنه ، يدل لهذا ما ثبت عن علقمة عنه رضي ا عنه قال : '' كنت بحمص فقال لي بعض القوم : اقرأ علينـا . فقرأت عليهم سورة يوسف . فقـال رجل من القوم : وا ما هكذا أنزلت . قال : قلت : ويحك وا لقد قرأتها على رسول ا صلى ا عليه وسلم فقال لي أحسنت . فبينما أنا أكلمه إذ وجدت منه ريح الخمر . قال : فقلت : أتشرب الخمـر وتكذب بالكتاب ، لا تبرح حتى أجلدك . قال : فجلدته الحد ''[2] .

وفي هذا كفاية ردا على كلام السرخسي . أما ما ذكره الحصكفي[3] فغير مسلم به أيضا؛ لأن عقوبة الخمرـ كما سبق ـ ثابتة بالسنة ـ نوعا لامقدارا ـ قبل أن تكـون ثابتة بالإجماع ، ولذا فإن صاحب الهداية قبل أن يذكـر أن حد الشرب ثبت بإجمـاع الصحابة قال : والأصل فيـه قوله عليه الصلاة والسلام

---

(١) انظـر تفاصيل المسألة في : (منهج عمر بن الخطاب في التشريع) لأستاذنا الدكتور محمـد بلتاجي ، ص ٢٦٧ : ٢٧٩ ، دار الفكر العربي بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٧٠م .

(٢) فتح القدير ١٨٠/٤ ، ١٨١ والحديث أخرجه البخاري ومسلم ، واللفظ لمسلم :

ـ البخاري ، كتاب فضائل القرآن ، باب القراء من أصحاب النبي صلى ا عليه وسلم .

ـ مسلم ، كتاب صلاة المسافرين وقصرها ، باب فضل استماع القرآن وتدبره .

وانظر فتح الباري ٥٠/٩ حيث أيد ابن حجر أن ابن مسعود رضي ا عنه كان يحد بالرائحة .

(٣) وهو ما أشار إليه أيضا صاحب الهداية ، يقول : '' وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ؛ لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحـابة ، ولا إجمـاع إلا برأي ابن مسـعود ، وقد شـرط قيـام الرائحة '' . الهداية ١٨١/٤ .

'' من شرب الخمر فاجلدوه ...... ''[1] .

وقد حاول الكرخي تبرير تصرف صاحب الهداية، حيث ذكر أن الحديث من الآحـاد ، وبمثله لا يثبت الحد ، والإجماع قطعي[2] . أما سعدي جلبي فقد أوضح أن صاحب الهداية لم يذكر الحديث إلا لكونه سند الإجماع الذي يثبت به الحد ، لا لكونه مما يثبت به الحد ابتـداء ، فإنه لمـا تمكنت فيـه الشبهة بالتخصيص[3] لم يجز إيجاب الحد به ، وقوله '' الأصل فيه '' لا يبعد أن يكون منبها على ما ذكرنا[4] .

وجوابا على ما ذكره الكرخي فإننا لا نبحث عما إذا كـان الحديث آحادا أم متواترا ، ولا عما إذا كـان الإجماع متحققا في مسألتنا أم غير متحقق ، ولا عما إذا كان الإجماع هل يمكن أن ينتهي إلى غير نص ؟. لا نبحث في هذا كله، ولكن نشير فحسب إلى أن الإمام أبا يوسف نفسه - وهو من ينتصر الكرخي لرأيه في مسألتنا - يثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة[5] .

وجوابا على ما ذكـره سعدي جلبي فإننا نذكـر بداية ما رددنا به على الكرخي ، كمـا أن جمهور الحنفية ذهبـوا إلى أن دلالة العـام على كل أفراده قطعية ، ما لم يدل دليل على خروج بعضها منه[6]. معنى هذا أن مقصود الشيخ سعدي جلبي من تمكن الشبهة في الحديث بالتخصيص ، هو أن دلالة العموم فيه تحولت من القطعية إلى الظنية ، فقد جعـل الحنفية التخصيص مؤثرا في قطعية

---

(١) الهداية ١٧٩/٤ ، وراجع تخريج الحديث ص ٤٢٦ هامش ٥ .

(٢) فتح القدير ١٨١/٤ .

(٣) يقول الزيلعي : ومطلق قوله عليه الصلاة والسلام '' من شرب الخمر فاجلدوه '' مخـصوص بالمضطر والمكره ، فجاز تخصيصه أيضا بإجماعهم . تبيين الحقائق ١٩٧/٣ .

(٤) حاشية سـعدي جلبي ١٨١/٤ ويقول الشـيخ سـعدي أيضـا إن الحديث خص منه الشرب اضطرارا وإكراها فتمكنت فيه الشبهة ، فلا يصح إيجاب الحد به ، كذا في الكافي ، ويجوز أن يقال أيضا لما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس . السابق ١٨١/٤ .

(٥) فتح القدير ١٨١/٤ .

(٦) أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب ا ، ص ٢٧٨ ، دار المثقف العربـي بالقـاهرة ، طبعة سادسة ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

دلالة العام ، يقول الشيخ علي حسب ا : وخلاصة رأي الحنفية أن التخصيص هو القصر الذي يؤثر في حجية العام ، ويجعل دلالته على الباقي ظنية ، وهو لا يكون إلا بالمستقل المتصل من كلام أو غيره[1] . والمقصود من الاتصال هنـا هو الاقتران الزمني بين العام والخاص .

والسؤال : أين نجد هذا الاقتران بين عموم حديث (من شرب الخمر فاجلدوه) ومخصصاته من اضطرار أو إكراه أو إجمـاع أو غير ذلك ؟!. مادام شرط الاتصال أو الاقتران غير متوافر فإن الحنفيـة يعدون ذلك نسخا وليس تخصيصا ، والنسخ لا يفقد العام ـ كما يقول الحنفية أنفسهم ـ قطعيته على ما تبقى من أفراده بعـد الخارج منه[2] . الأمر الذي يلزم عنه نفي أية شبهة عن أفراد عموم الحديث بعد تعيين الخارج منه ، ويلزم عنه كذلك وجوب العمـل به ابتداء دون أن يكون سندا للإجماع .

ونجيب على كلام الشيخ سـعدي الذي ذكر أن هناك إجماعا على عدم إقامة الحد بالإقرار بعـد ذهاب الرائحة ، والمستفاد من ثبوت الحد بالإجماع ، والإجماع لا يثبت إلا برأي ابن مسعود الذي اشترط هـذا الشرط ، الأمر الذي ينتهي بنا إلى القول بانعقاد الإجماع على ما اشترطه ابن مسعود رضي ا عنه: نجيب على هذا بما سبق أن ذكرنا، من أن الحد ثبت بالسنة ـ نوعا لا مقدارا ـ وليس بالإجمـاع ، والسنة لم تشترط بقـاء الرائحة لإقامة الحـد ، فلا تناهض بالإجماع . وبما ذكرناه أيضـا من أن حديث ابن مسعود رضي ا عنـه في اشتراط هذا الشرط غير ثابت سندا ومتنا . وكذلك بما بيناه من أن حديثه رضي ا عنه لم يذكر فيه أنه رضي ا عنه توقف في قبول إقرار الشارب ـ إن كان ثم إقـرار ـ حتى يستنكهه ، وإنمـا فيه أنه رضي ا عنه أقـام الحد بظهور الرائحة ، وكان هذا مذهبه رضي ا عنه .

---

(١) السـابق ، ص ٢٨٣ .

(٢) الخارج من العام بالتخصيص لم يدخـل فيه ابتداء ، والخارج منه بالنسخ دخـل فيه ابتداء ثـم أخرج . السـ ـابق ، ص ٢٨٢ .

معنى هـذا كله ، أن الإجمـاع على اشتراط بقـاء الرائحة لإقامة الحد بالإقرار ـ والذي يدعيه الشيخ سـعدي وبعض الحنفيـة ـ لم يتحقق ، بل إن الإجماع في مسألة إقامة الحـد بالرائحة وحدها ـ وهي أصل مسألتنا هنا ـ لم يتحقق أيضـا ، برغم عمل ابن مسعود رضي الله عنـه بهذا ؛ وذلك لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم في المسألة ، فقد سبق أن بينا أن عمر رضي الله عنه لم يقم الحد بالرائحة وحدها ، وهو قول أكثر أهـل العلم ، منهم عطاء وعمرو بن دينـار والثوري وغيرهم[1] . ويعلل ابن قدامة عدم إقامة الحد بالرائحة وحدها باحتمال المضمضة بالخمر ، أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها ، أو ظنها لا تسكر ، أو كان مكرها ، أو أكل نبقا بالغا ، أو شرب شراب التفاح فإنه يكـون منه كرائحة الخمر . وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد الذي يدرأ بالشبهات[2] .

ثم على افتراض أن حد الشرب لم يثبت بالسنة مطلقا ، فإنه لا يسلم لقول صاحب الهداية '' حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود ، وقد شرط قيام الرائحة ''[3] . ولا لقول الشيخ سعدي '' شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقـل عن غيره خلافه ، فحل محل الإجماع ''[4] . لا يسلم بأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على ما شرطه ابن مسعود رضي الله عنه ـ على افتراض ثبوت ذلك عنه ، وعدم النقـل عن بعض الصحابة بما يخالفه ـ لا يسلم بذلك ؛ لأن من العلماء من أنكـر الإجماع السكوتي كالإمام الشافعي ، بل إن أكثر الحنفية وإن اعتبروه حجة فإن الدبوسي الحنفي يذكر عنه بأنه دليل محتمل ، يقـول خلال عرضه مراتب الإجماع : (الأقوى إجمـاع الصحابة نصـا ؛ لأنه لا خلاف فيه بين الأمة ، فالعترة يكونون فيهم ، وكذلك أهل المدينـة . ثم الذي يثبت بنص بعضهم وسكوت الباقيـن ؛ لأن السكوت في

---

(١) الإشراف لابن المنذر ٨٨/٢ ـ المغني ١٣٨/٩ .

(٢) المغني ١٣٨/٩ .

(٣) الهداية ١٨١/٤ .

(٤) حاشية الشيخ سعدي ١٨١/٤ .

الدلالة علـى التقرير دون النص ، فهو سكوت في نفسـه ، والسكوت عـدم ، والعدم لا يكون حجة ، وإنما صار حجة بالدلالة ، فكان محتملا ، والمحتمل دون المحكم)[1] .

ثم على افتراض صحة حديث ابن مسعود رضي ا عنه سندا ومعنى ، ومع افتراض أيضـا أنه رضي ا عنه توقف في قبـول إقرار الرجـل حتى يستنكهه ، فهذا أيضا لايصح الاستدلال به على أنه شرط رضي ا عنه لقبول الإقرار بقاء الرائحة ؛ لأن الحديث ينص على أن الرجل جيء به وهو سكران ، وإقرار السكران على نفسـه بالشرب غير مقبول ـ كما سبق ـ ، فإهمال ابن مسعود رضي ا عنه الإقرار كان لهذا السبب ، وليس من باب اشتراط الرائحة لقبوله ، فالأمر باستنكاه الرجل كان للوقوف على سبب الحد وهو الرائحة ، ولا علاقة له بالإقرار ، وبهذا يكون الحديث موافقا لمذهب ابن مسعود رضي ا عنه في إقامة الحد بالرائحة وحدها .

ثم على افتراض أن الرجل أقـر وهو غير سكران ، فليس في الحديث ما يدل أيضـا على أن ابن مسعود رضي ا عنه اشترط وجود الرائحة لقبول الإقرار ؛ لأنه ربما أمر بالاستنكاه حتى إذا ما نكل الرجل عن إقراره بقي عليه دليل إثبات آخر، وهو الرائحة التي كانت تكفي ابن مسعود رضي ا عنه لإقامة الحد ، على ما عرف من مذهبه رضي ا عنه .

أو ربما أمر بالاستنكاه تأكيدا للإقرار، لا أن يكون شرطا لقبوله ؛ وذلك حتى يكون مطمئنا أن ما أقر به الرجل على نفسه ناتج عن شرب المسكر لا عن فساد عقل ، فالإقرار مع قوة الإثبات به لا يسلم من تسرب الوهن إليه . وعلى هذا فإن العمـل بمفهوم المخالفة ـ ونوعه هنا شرط ـ لا يصح الاستدلال به باتفاق الأصوليين ؛ لأنه ظهر للشرط فائدة أخرى غير العمل بمفهومه .

---

(١) نقلا عن : الإجماع بين النظرية والتطبيق ، للدكتورأحمد حمد ص ٧١ وانظـر فيـه أيـضا مذاهب العلماء في الاحتجاج بالإجماع السكوتي ص ٨٦:٨٣ ، دار القلم بالكويـت ، طبعـة أولـى ١٤٠٣هـ / ١٩٨٢م .

ثم على افتراض أن الشرط لم تظهر له فائدة أخرى سوى العمل بمفهومه ـ وهو هنا عدم قبول الإقرار بالشرب عند عدم الرائحة ـ فإن أكثر الحنفية لا يعتدون به أيضا ؛ لأن الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ، ولا يوجب العدم عند عدمه ، فإن المسكوت عنه يبقى على الأصل فيـه حتى يقوم الدليـل على خلافه[1] . معنى هـذا أن ابن مسعود رضي ا عنه ، وإن كان يشترط لقبول الإقرار بالشرب بقاء الرائحة في رأي الشيخين ، فليس هناك دليل على أنه كان لا يقبل الإقرار حال زوال الرائحة .

وقد حاول بعض الحنفية رد هـذا الاعتراض ، يقـول الزيلعي : (ولا يقال '' هذا استدلال بنفي الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد '' ؛ لأنا نقول لا ، بل هو استدلال بعدم الإجمـاع ؛ لأن ثبوت هـذا الحد كان بإجماع الصحابة ، وكان إجماعهم برأي عمر وابن مسعود ، وقد شرطا فيه الرائحة ، ولا إجماع عند عدم الرائحة)[2] .

ولكن لا يسلم للزيلعي فيما ذكره ؛ لأن حديث عمر رضي ا عنه في عدم قبول الإقرار بعد زوال الرائحة سبق بيان عدم ثبوته سندا ومتنا ، وأما عدم إقامة ابن مسعود رضي ا عنه الحد بعد زوال الرائحة أيضا ، فلم يذكر الحنفية نصا صريحا عنه رضي ا عنه في ذلك ، ولذا فلا يبقى إلا الاستدلال عليهم بأنه مستفاد من مفهوم المخالفـة ـ على فرض توافـر قيوده ـ من حديثه في مزمزة الرجل ـ وهو ما حاول الزيلعي رده في قوله السابق ـ، وهذا مع غض الطرف عن الطعون الموجهة في سنده ومتنه التي سبق عرضها. وهذا كله يعني أن عدم الإجماع الذي ذكره الزيلعي لا يصلح أن يكون سـندا للحنفية في عدم إقامة الحد بعد زوال الرائحة .

---

(١) انظر مثلا في مفهوم المخالفة وأنواعه وحكم كل نوع : شرح التلويح على التوضيح ٢٧٢/١ ، البحر المحيط ١٣٢/٥ ، التقرير والتحبير ١١٥/١ ، أصول التشريع الإسلامي لحسب ا ٣٢٢ .

(٢) تبيين الحقائق ١٩٧/٣ . وانظر أيضا : فتح القدير ١٨١/٤ ، حاشـية الجلبـي علـى تبيـين الحقائق ١٩٦/٣ .

وأخيرا فإن قول الشيخ سعدي بأن حديث (من شرب الخمر فاجلدوه)[1] لما خص منه الشـرب اضطرارا وإكراها ، فإنه يجـوز أن يخص منه ما زال رائحته بالقياس . قوله هذا لا يجدي شيئا ، وبطلانه يغني عن إبطاله .

ومما سـبق كله ، يتبين عدم صواب قول الشيخين الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما ا تعالى، في تقييد قبول الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر بوجود الرائحة من المقر ، وصواب قول الإمام محمد والجمهور في قبول ذلك حتى لو مضى عليه السنون .

(١) راجع تخريجه ص ٤٢٦ هامش ٥ ، وراجع نص كلام الشيخ سعدي ص ٤٣٥ هامش ٤ .

المطلب الثاني
مناقشة تقادم الشهادة بالجريمة

تناول المطلب السابق مناقشة تقـادم الإقرار بالجريمة ، وقد جاء نطاقه في تقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر ، وهذا هو محل الخلاف الوحيد بين الجمهور والحنفية في تقادم الإقرار بالجريمة ، أما تقادم الشهادة بهـا فقد تمثل الخلاف بينهما في تقـادم الشهادة التي لا يتوقف قبولهـا على الدعوى ، وكـذا التي يتوقف قبولها عليها .

الفرع الأول
تقادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى

الذي يخصنا هنا هو الزنى والشرب ، وقد سبق أن ذكرنا أن الجمهور يقبـل الشهادة المتقادمة في ذلك ، ما دام توافر في الشهود الشروط المطلوبة . أما الحنفية فلم يقبلوا هـذه الشهادة المتقادمة ، وقد سبق أيضا أن عرضنا أدلتهم في ذلك ، وكذا ردهم على أدلة الجمهور .

ونتناول هنـا أدلة الحنفية بالمناقشة ، فقد ذكرنا أن أدلتهم منها ما هـو منقول ومنها ما هو معقول .

الأدلـة النقليـة

أما الأدلة النقلية فحديثان : أولهما ـ وهو الأقرب في الدلالة ـ ما روي موقوفا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : '' أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته ، فإنما هم شهود ضغن '' . ولم يعلم من خالف عمر رضي الله عنه فكان إجماعا . وثانيهما ما نطقت به السنة المرفوعة من رد شهادة صاحب الضغن والحقد .

أما حديث عمر رضي الله عنه فقد ذكـر الحنفية أن الحسن رواه مرسلا عنه، ولم أهتد لرواية الحسن هذه ـ في غير مدونات الفقه ـ فيما بحثت فيه من

كتب السنة ، وما وقفت عليه فيها هو رواية أبي عون[1] ، ففي المصنف : عبد الرزاق عن ابن عيينة عن مسعر عن أبي عون قال : قال عمر بن الخطـاب : '' أيما رجل شهد على حد لم يكن بحضرته ، فإنما ذاك عن ضغن ''[2] .

ورواية أبي عون هذه ـ برغم توثيق رواتها ـ غير متصلة أيضا ؛ لأن الحسن إذا كان من الطبقة الثالثة من طبقات التقريب ، وهي الخاصة بالطبقة الوسطى من التابعين ، فإن أبا عون من الرابعة[3] .

ولا أريد هنا أن أدخـل في غمار مذاهب العلماء في الاحتجاج بالمرسل أو المنقطع ـ خاصة مراسيل الحسن التي لم يرضها على الجملة كثير من أئمة أهل الخبرة بالفن ؛ لتدليسه - على فضله - ، وإرساله عن الثقة وغيره ، كـذا ومخالفته نفسـه في بعض مراسيله[4] ـ لا أريد أن أرتاد هذا المعترك ، وإنما

---

(١) محمد بن عبيد الله بن سـعيد ، أبوعون الثقفي الكوفي الأعور . انظر تهذيب التهذيب ٣٢٢/٩

(٢) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ .

(٣) تقريب التهذيب ٥/١ ، ١٨٧/٢ .

(٤) ينظر في الاحتجاج بالمراسيل عامة ، ومراسيل الحسن خاصة :

ـ جامع التحصيل في أحكام المراسيل ، للحافظ العلائي ، ص ٢٧ : ١٠٢ .

ـ علل الترمذي وشرح ابن رجب لها ٢٧٣/١ : ٣٢٠ .

ـ تهذيب الآثار ، لابن جرير الطبري ، مسند علي بن أبي طالـب ، ص ١١٣ ، مطبعـة المـدني بالقاهرة ، بدون تاريخ . يقول الطبري : مراسيل الحسن أكثرها صحف غيـر سـماع ، وأنـه إذا وصلت الأخبار فأكثر روايته عن مجاهيل لا يعرفون . ومن كان كذلك فيما يروي من الأخبار فـإن الواجب عندنا أن نتثبت في مراسيله .

وقد علق الشيخ أبو فهر محمود شـاكر على كلام الطبري بقوله : هـذا القول فـي مراسـيل الحسن يقيد .

ـ رفع الأستار لإبطال أدلة القائلين بفناء النـار ، للأميـر الـصنعاني ، ص٦٥ ، ٦٦ ، المكتـب الإسلامي ببيروت ودمشق ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ / ١٩٨٤م . وفيه رد الصنعاني على ابن تيمية في استدلاله بمرسل للحسـن عن عمـر رضي الله عنه بصيغة الجـزم . وانظر حاشية ص ٦٦ ، فقد أكد فيها الألباني ـ محقق الكتاب ـ كلام الصنعاني وزاد عليه .

ـ مقدمة تحقيق الشيخ شعيب لكتاب مراسيل أبي داود ص ٢١ : ٣٧ .

ـ وينظر كذلك ترجمة الحسن بسير الذهبي ٥٦٣/٤ : ٥٨٨ ، وينظر أيضا في حكم المرسل أمهات مدونات المصطلح والأصول .

أشير فحسب إلى أن دليـل المستدل إذا لم يسلم من الطعـن في ثبوته من قبـل خصمه ـ أو بالأحرى هنا خصومه ـ فحجته عليه غير لازمة .

وعلى فرض التسليم بصحته فإنه يمكن أن يوجه معناه بما يخالف فهم الحنفية له ، وهو أن الشـاهد لا يحق له أن يشهد إلا بما شهده وعلمه بنفسه ، وإلا لصارت شهادته شهادة ضغن[1] ، يرشـح ذلك ما في روايـة عبد الرزاق السابقة '' لم يكن بحضرته ''[2] ، وإذا تعدد الاحتمال سقط الاستدلال .

ثم على افتراض قطعية دلالته فإن الموقوف ليس بحجة على الأصح كما حققه أهـل الأصول ، ثم على فرض حجيته فهل يصلح عند الحنفية أنفسهم أن يقيد به إطلاق نصوص الكتاب والسنة المتواترة في الشهادات[3] ؟! .

كما أن دعوى إجماع الصحابة على قول عمر رضي ا عنهم غيرمسلم بها؛ فقد سبق أن عرضنا رفض بعض الأصوليين ـ ومنهم بعض الحنفية ـ الاحتجاج بالإجماع السكوتي . ثم إن الحنفية لم يذكروا ولو خبرا واحدا يبين أن الصحابة رضي ا عنهم علموا قـول عمر رضي ا عنه ثم سكتوا عنـه بل رضوه . ثم لو كان الأمر مجمعا عليه كما قال الحنفية فمن أين أتى الخلاف في المسألة بعد ذلك ، والمخالف هو الجمهور ؟!. أتراه خفي عليهم هذا الإجماع ؟!.

هذا عن حديث عمـر رضي ا عنه ، أما حديث رد شهادة صاحب الضغن والحقد الذي نطقت به السـنة المرفوعة ، فلا يسلم الاحتجاج به في هذا المقام ؛ لأن الحنفية أنفسهم لا يعملون به في نطـاق الشهادة المتقادمة في الحد

---

(١) لا يخالف هذا الفهم مذهب القائلين بجواز الشهادة على الشهادة في الحدود كما هو بين .

(٢) ليست كل الروايات بهذا اللفظ، فمثلا رواية ابن حزم التي أخرجها عن وكيع ـ متابعا لسفيان ـ نصها '' من شهد على رجـل بحد لم يشهد به حين أصابه فإنمـا يشهد على ضغن '' المحلى ١٣/ ٤٥ ، ٤٦ .

(٣) انظر مثلا توجيهاتهم في تخصيص أحاديث سـتر الشـهادة في الحدود . البحر الرائـق ٥٩/٧ وما ذكروه في ذلك لا نجد له سبيلا في أثر عمر رضي ا عنه هنا .

الثابت فيـه حق الفرد[1]، ولو كـان صاحب الشهادة المتقادمة متهمـا بضغن لوجب رد شهادته سواء أكانت حقا للمولى سبحانه أم حقا للفرد .

كما أن الجمهور لا يهمل العمل بهذا الحديث حتى يحتج به عليه ، من ذلك أنهم نصـوا على أن شهادة العـدو بعداوة دنيوية لا تقبـل على عدوه[2] ، والمنصوص عن أبي حنيفة رحمه ا هو قبول شهادة العدو بعداوة دنيوية على عدوه ، وحمل الحديث على غير العـدل[3] ، أي العدو العدل تقبل شهادته على عدوه . وهكذا يقبل الإمام أبو حنيفة شهادة **ظاهر** العداوة على عدوه ما دام عدلا، ولا يقبل **مظنون** العداوة ـ بسبب تقادم شهادته ـ حتى لو كان عدلا !! .

ثم لنا هنا أن نتساءل : لو كان الحديث محمولا على غير العدل كما قال أبو حنيفة رحمه ا فما الذي أضافه هـذا الحديث إذن ؟. بمعنى أنه إذا كـان الشاهد غير عدل قبل عداوته هل سيكون مقبول الشهادة بغير هذا الحديث ؟. ثم أين دليـل التخصيص الذي اعتمد عليه الإمام أبو حنيفة رحمه ا ؟. إذا كـان قياسه العداوة على الصداقة ، فقد رد عليـه بعض الفقهاء بأن العداوة تخالف الصداقة ؛ لأن في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه ، وبيع آخرته بدنيـا غيره ، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه ، فافترقا[4] .

---

(١) راجع مثلا ما نقلناه ـ ص ٣٩٧ ـ عن بعض الحنفية من وجوب ضمان السارق المال بالشهادة المتقادمة دون إقامة الحد عليه .

(٢) حتى إن ابن المنذر ادعى فيه الإجماع ، مهملا ما جاء عن أبى حنيفة رحمه ا في قبول شهادة العدو على عدوه . راجع الإجماع ص ٦٣ وانظر أيضا : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧/٤ ، روضة الطالبين ٢٣٧/١١ ، المغني ١٠ / ١٨٢ .

(٣) البحر الرائق ٨٦/٧ .

(٤) المغني ١٠ / ١٨٢ .

الأدلـة العقليـة

هذه هي الأدلة النقلية التي اعتمد عليها الحنفية في رد الشهادة المتقادمة في الحـدود الخالصة للمولى سبحانه ، أما الأدلـة العقليـة فنشير هنا إلى قول المرغيناني '' الشاهد مخير بين حسبتين : أداء الشهادة ، والستر . فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو عداوة حركته فيتهم فيها ، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع ''[(١)] .

وقد تعقب سعدي جلبي المرغيناني في قوله '' وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا '' تعقبه بقوله : '' فيه بحث ، فإن وجوب أداء الشهادة في الحدود قد انتسخ ، فكيف يصير بالتأخير فاسقا ؟. وفي الكافي وشرح الزيلعي[(٢)] أيضا : وإن كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير؛ لأن أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ، ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعـد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته .اهـ . ولا يخفى عليك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا ؛ كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين ، وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخا ؛ بخلاف حقوق العباد فإنه واجب فيه ، فظهر الفرق . فتأمل في جوابه ، فإنه يمكن أن يقـال : بعد اختيار الأداء يصير واجبا كما في النوافل تجب بالشروع ''[(٣)] .

وهذا التوجيه الذي جاء به سعدي جلبي لم يرضه ابن عابدين ، فبعد أن ذكر كلام المرغيناني السابق قال : '' وأورد على قوله (يصير فاسقا) بأن ذلك لو كان الأداء واجبا ، وليس كذلك ، إلا أن يجاب بأن سقوط الوجوب لأجـل الستر ، فإذا أدى[(٤)] لم يوجد موضع الرخصة المسقطة للوجوب . تأمل ''[(٥)] .

---

(١) الهداية ١٦٣/٤ .

(٢) انظر تبيين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٣) حاشية سعدي جلبي ١٦٣/٤ .

(٤) كذا ، ولعل الصواب : اختار الأداء . يدل عليه نص كلام سعدي جلبي نفسه .

(٥) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ .

و' تأمل ' هذه من الألفاظ التي درج عليها ابن عابدين ـ أدبا وإجلالا ـ في نقد علماء مذهبه وتوجيه الأنظار إلى مراجعتها[1] ، وكأن لسان حاله يقول بأنه ليس بمثل هذا التوجيه الذي قاله سعدي جلبي تقيد النصوص التي دعت الشـاهد إلى السترعلى أصحاب الحدود ، فإنه من الصعب بمكان أن يقول أحد بأن الشاهد إذا اختار الأداء ثم راجع نفسه وعدل عن رأيه ، يكون آثما بذلك وأن الأداء يلزمه ويجب عليه . أفمن يمتثل ما دعت إليه السنة نوجب عليه ونلزمه بما يخالفها ؟!.

ثم هب أن الشاهد لم يختر الأداء أو الستر ابتداء ، وأرجأ هـذا الاختيار زمنا ، فإنه بنـاء على توجيه سعدي جلبي لا يكون الأداء واجبا عليه ؛ لأنه لم يختره بداية .

كما أن قياس الشيخ سعدي ، الذي قاس فيه وجوب أداء الشهادة باختياره بداية على وجوب النافلة بالشروع فيهـا ، قياس مع الفارق ؛ لأن اختيار الأداء أمر يختلف عن الشروع فيه ، فإن من يختار أداء نافلة ـ ولم يشرع بعد ـ ثم يرجع عن ذلك ، لا يكون مخلا بواجب ولا تلزمه النافلة . هذا مع غض الطرف عن أن إقامة الحـد ـ الخالص سبحانه ـ وإمضائه يتوقف على عدم رجوع الشهود في شهادتهم .

هذا ، وقد سبق أن ذكرنا كلام ابن الهمام شارحا به نص المرغيناني السابق ، فقد ذكر أن أحد الأمرين ـ الأداء أو الستر ـ واجب مخير على الفور كخصال الكفارة ؛ لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيـه طلبه على التراخي[2] .

فابن الهمام يصرف الوجوب إلى فورية اختيار الأداء أو الستر ، ويقيس ذلك على خصال الكفارة ، ولكـن الملاحظ هنا هو أن خصال الكفارة لا يجب فيهـا الاختيار على الفور فلا يتم له هذا القياس ، يقول الكاساني : '' الكفارات

(١) انظر في هذا ما قاله الشيخ عبد الجليل العطا في تقدمته لحاشية ابن عابدين .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٤ .

كلها واجبة على التراخي ، هـو الصحيح من مذهب أصحابنا في الأمر المطلق عن الوقت ، حتى لا يأثم بالتأخيـر عن أول أوقـات الإمكان ، ويكون مؤديا لا قاضيا . ومعنى الوجوب على التراخي هـو أن يجب في جزء من عمره غير عين ، وإنما يتعين بتعيينه فعلا ، أو في آخر عمره بأن أخره إلى وقت يغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه لفات ''[1] .

ومما يؤخذ من هـذا النص ، هو أن من وجبت عليه الكفارة إذا لم يعين وقتا لأدائها أنهـا لا تجب عليه حالة ، وأنه في مندوحة في تأخيرها ، ومن ثم فإنه لا يلزمه تعيين أحـد خصال الكفارة فيما يجوز فيه التخيير فور شغل ذمته بها . وعلى هذا فإن الشاهد في حد يخص المولى سبحانه لا يجب عليه اختيار الستر أو الأداء فور تحمله الشهادة ، قياسا بالأولى على من وجبت عليه كفارة في اختيار أحد خصالها، إذ وجوب الأداء متجه إلى الكفارة وحدها دون الشهادة، حيث نصوص استحباب الستر .

نعود لبقية كلام ابن الهمام لنكمل دلائل العقل لدى الحنفية في المسألة ، يقول : إذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين : إما الفسق ، وإما تهمة العداوة ؛ لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم السـتر ثم أخره لزم الأول ، أو على أنه اختـار الستر ثم شهد لزم الثاني ؛ وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما ، فانصرافه بعـد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة[2] .

وهنا نجد أن ابن الهمام يلزم الشاهد بالفسق أو تهمة العداوة ، أما الفسق فلأنه اختار بداية أداء الشهادة ثم أخر ذلك ، وهذا الوصف الذي حكم به الحنفية ـ ومنهم ابن الهمام ـ على الشاهد مبني على وجوب اختيار الشـاهد الستر أو الأداء فور تحمله الشهادة ، ولكن بعد أن ثبت أن هذا الاختيار العاجل ـ أو حتى الآجل ـ ليس واجبا عليه ، فإن النتيجة المترتبة عليه ـ وهي وصفه بالفسق ـ

---

(١) بدائع الصنائع ٩٦/٥ .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٤ .

تصير عافية الأثر .

ثم على فرض وجوب الاختيار فور التحمل ، وأن الشاهد اختار الأداء ثم أخر ، فإنه لا يلزمه الفسق بذلك ؛ لأن التأخير إذا سلب عدالة الشاهد في الشهادة في حقوق العباد ـ بعد تعينها عليه ـ فإن ذلك لا يقـاس على ما نحن بصدده هنا ، حيث حدود ا الخالصة له سبحانه ، ولا يوصف هـذا التأخير بالكتمان الذي لا تقبل معه الشهادة .

كما أن الشـاهد العدل الذي اختار الأداء ثم أخره لا يتساوى اتهامه مع اتهام الشاهد الذي تحمل الشهادة وهو فاسق ، بحيث تجاهل أداءها حتى تقادمت، ثم صار عدلا فأداها ، فإنها تكون مقبولة ، لأن التحمل ليس من شرطه العدالة ، يقول الكاساني : البلوغ والحرية والإسـلام والعدالة ليست من شـرائط التحمل، بل من شرائط الأداء ، حتى لو كـان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافرا أو فاسقا ، ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافـر وتاب الفاسق ، فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم[1] . لـذا فإنه ينبغي حسـن الظن بالشاهد العـدل أصالة ـ ما لم يتأكد جرحه ـ وتقديمه على محدث العدالة ، حيث شبهة تصنعها نكاية في المشهود عليه .

ولعل الأولى من هذا ، هو ما نقل عن الإمام أبي يوسف من أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس تقبل شهادته ؛ لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ، ويمتنع عن الكـذب لمروءته . والوجيه من يكـون ذا قدر وشرف ، والمروءة الإنسانية . وعلى هذا فإن كان شارب الخمر يستحي ويرتدع إذا زجر فللقاضي أن يقبل شهادته إن كان ذا مروءة ، وتحرى في مقالته فوجده صادقا[2]. والحنفية ـ وإن كانوا لم يقبلوا قول أبي يوسف هذا ـ لم يطعنوا في نسبته إليه، ليبقى لنا التساؤل : أين سبيل الوفاق بين قوله هذا وبين رده الشهادة المتقادمة **لاحتمال** فسق الشاهد العدل ؟! .

---

(١) بدائع الصنائع ٢٦٦/٦ وانظر المغني ١٩٥/١٠ .

(٢) البحر الرائق ٦٣/٧ مختصرا .

هذا عن وصف الشـاهد بالفسق بسبب اختياره الأداء ثم أخره ، أما إذا اختار الستر ثم أدى بعد زمن متقادم فقد ألزمه الحنفية تهمة العداوة ، وهذا الحكم منهم مبني على وجوب اختيار الشاهد الستر أو الأداء فور تحمله الشهادة ، ولكن بعد أن ثبت أن هذا الاختيار العاجل ـ أو حتى الآجل ـ ليس واجبا، فإن النتيجة المترتبة عليه ـ وهي وصفه بتهمة العداوة ـ تصير عافية الأثر أيضا .

ثم على فرض وجوب الاختيار فور التحمل ، وأن الشاهد اختار الستر ثم أدى بعد زمن متقادم ، فإنه لا يلزمه بذلك تهمة العداوة ؛ لأن ابن الهمام نفسه حينما استدرك على المرغيناني فيما ذهب إليه من أن رد الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق ا سبحانه أقيم التقادم في حقوق ا مقامها، فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها . حينما رد على المرغيناني في هذا ذكر بأنه لا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة ، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد ، فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقا تعالى[1] .

فنلاحظ هنا أن ابن الهمام قد جعل مناط رد الشهادة بالتقادم على التهمة ، وأن محل التهمة ظاهر يدركه كل أحد . ولكـن هل يكون صوابا أن من يختار الستر ثم يؤدي بعـد زمن متقادم ، هل التهمة الموجهة إليه يدركها كل أحد ، أم أنها تكون مظنونة فحسب؟. يجيب ابن الهمام على هذا قبل رده على المرغيناني بأسطر قليلة ، فيذكر أن الشـاهد سقط عنه الواجب باختيـار الأداء أو الستر ، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة[2] .

ومع غض الطرف عن تبـاين عبارات ابن الهمام ـ لزوم التهمـة ، ظاهرة يدركها كل أحد ، مظنونة ـ فإن التهمة قد يقوى جانبها في شـاهد دون آخر ، والقول بلزومها في كل شاهد فيه مجانبة لحقيقة الأمر ، والحنفية أنفسهم أقروا الأعذار التي توقف التقادم ، كما أن تفرس القاضي الشهود وتحريه عنهم ـ وكذا المشهود عليهم ـ والظروف والدلائل المحيطة بالأمر، ومدى قدراته في

---

(١) فتح القدير ١٦٣/٤ .

(٢) السـابق ١٦٢/٤ .

استعمال السياسة الشرعية : كل هذا وغيره يستطيع القاضي من خلاله الوقوف على صدق الشهادة أو كذبها ، أو حتى تقوية أحد جانبيها ، على نحو يأتي بيانه تفصيليا بعد قليل .

وعلى أية حال ، فإن العداوة المظنونة هنا لن تصل بحال إلى ما ذكـره الإمام أبو حنيفة رحمه ا ـ كما سبق ـ من قبول شهادة العدو بعداوة دنيوية على عدوه ، وبعض الحنفية ـ وإن خالفوا الإمام في هذا ـ لم ينكروا نسبته إليه[1] .

كما أن التهمة إذا كانت محتملة في الشهادة المتقادمة فإنها قد تكون أكثر احتمالا في شهادة الأخ لأخيه ، أو الصديق لصديقه ، والتي قال بجوازها عامة أهل العلم[2] .

مناقشة ردود الحنفية على أدلة الجمهور :

هذه أدلة الحنفية النقلية والعقلية في رد الشهادة المتقادمة في حدود المولى سبحانه ، وكما رأينـا لم يسلم جميعها من الرد والنقد . ويبقى أن نتناول ردود الحنفية على أدلة الجمهور بالمناقشة .

١ ـ سبق أن ذكرنا أن الجمهور استدل لقبول الشهادة المتقادمة بعموم النصوص الواردة في شأن الشهادة ، بحيث لم تفرق في وجوب الاعتداد بها ، متقادمة كانت أو غير متقادمة ، مثل قوله تعالى وَأَقِيموا الشهادةَ لِلهِ [3]. كما لم يرد عن النبي صلى ا عليه وسلم أو أحد من خلفائه الراشدين أن سأل شاهدا عن وقت تحمله الشهادة ، ولو كان هذا واجبا لما تأخر النبي صلى ا عليه وسلم في تطبيقه . ويضيف الجمهور أن تضييق الأخذ بمضمون هذه النصوص بتحديد زمن معين لا تقبل الشـهادة بعده ، إنمـا هو ضرب من الاحتمالات

---

(١) البحر الرائق ٨٦/٧ .

(٢) الإجماع لابن المنذر ص٦٤ ، بدائع الصنائع ٢٧٢/٦ ، المغني ١٨٨/١٠ .

(٣) الطـلاق : ٢ .

والتخمين ، ولا يصح تخصيص النصوص بمثل هذا .

وقد أجيب للحنفية عن هذا الاستدلال بأن النصوص ، وإن كانت لم تحدد وقتا يجب فيه أداء الشـهادة، فليس فيها ما يمنع من ذلك ، بحيث ترد بعده لتهمة الشاهد ، فقد نطقت السنة برد شهادة صاحب الضغن أو المتهم به ، وروي عن عمر رضي ا عنه أنه قال: '' أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغـن '' . فهذه الأحاديث يمكن القول بأنهـا قد خصصت عمـوم النصوص الواردة في الشهادة ، والقاعدة أن العـام إذا تعارض مع الخاص فإنه يحمل على التخصيص ، ولذا فليس مما يتعارض مع نصوص الشهادة أن يوقت لأداء شهادة الحسبة ، حتى تصان محارمه سبحانه ويدفع الفسـاد عن المجتمع ، وهذا يتطلب أداء الشهادة على الفور وليس تأخيرها[1] .

وردا على هذا الجواب نبدأ بمناقشة ما جاء بآخره ـ فليس مما يتعارض مع نصوص الشهادة أن يوقت لأداء شهادة الحسبة ـ ، فنذكر أنه ليس في حديث صاحب الضغن وكذا حديث عمر رضي ا عنه تحديد وقت معين لا تقبل بعده الشهادة ، وتحديد مدة التقادم بشهر ـ على ما هو راجح عند الحنفية ـ لم يرد به نص ، وحتى ما ذكره الإمام أبو حنيفة من عدم تحديد مدة معينة ، وأنه ترك تحديدها لعرف كل مصر وما يراه ولاة الأمر ، حتى هذا فيه إذن ـ إن لم يكن أمرا ـ بتحديد مدة، وهي كذلك لم يرد بها نص. وإذا كان الحنفية لا يخصصون عموم الكتاب بالآحاد ـ وهو ما لم يطبقوه على الحديثين السابقين دون الإفصاح عن سبب ذلك ـ فبأولى أيضا ألا يخصصوه برأي .

ثم إن التعليل المذكور بعد ذلك ، وهو ''حتى تصان محارمه سبحانه ، ويدفع الفساد عن المجتمع،وهذا يتطلب أداء الشهادة على الفور وليس تأخيرها''، فإنه يقـال فيمن استمرأ الشـر ، وأما من شرب الخمر مثلا ولم يجاهـر به ، فالشاهد مندوب إلى الستر عليه، ولكن إذا تبين له ـ بعد مدة ـ أن صاحب الحد

---

(١) تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح جاد ، ص ١٦ .

لم يرتدع بالنصح وأنه مازال يبتاع خمرا ، فهل تصان محارم ا سبحانه هنـا بألا تقبل الشهادة المتقادمة أم بقبولها ؟! .

هذا ، وقد سبق أن أشرنا إلى أن حديث عمر رضي ا عنه مطعون في سنده ، وأن متنه يمكن حمله على غير التقـادم ، وأن الحديث لو صح سندا ولم يضطرب متنا فهو أخص من دعوى الحنفيـة . وأما حديث صاحب الضغن أو المتهم به ، فليس مما يختص بالتقادم ، وإنما هو في كل شاهد ظهرت عداوته أو دلائلها بينه وبين المشهود عليه ، سواء أجاءت شهادته متقادمة أم لا . وقد سبق أيضا ذكر قول الإمام أبي حنيفة بقبول شهادة العدل بهذه العداوة ، فأولى بدونها مع تقادمها .

٢ ـ كما أنهم قالوا بأن عدالة الشاهد هي محور رد شهادته أو قبولها ، فلا يؤثر في عدالته تأخيره أداء الشهادة أو التعجيل به . كما أن الطعن في عدالة الشـاهد بسبب التأخير ليس يقينا ، فلا يزال اليقين ظاهرا ـ وهو عدالته الظاهرة ـ بما ليس بيقين .

وقد ذكرنا أيضـا أن الحنفية قد أجابوا على هذا الاستدلال ، بأن الشاهد مخير بين حسبتين : أداء الشهادة ، والستر . فالتأخير إن كـان لاختيار الستر ، فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيهـا ، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع .

كما أضاف الشيخ أبو زهرة إلى هذا أن الحدود تقام على أساس نفي أية شبهة أو تهمة ، والتهمة هنا أمر خفي نفسي ، والأمور الخفية النفسية إذا كانت تدفع أمام الأمور الثابتة ، فإنها لا يلغى اعتبارها في الحدود ، ويكتفى في الدلالة عليهـا بأمور تثبت مظنة وجودها ، وقد أقيمت المدة التي تأخرها الشـاهد ولا يؤدي فيهـا شهادته كاشفة لهذا الأمر الظني الخفي ، وإن ذلك يكفي في إيجـاد الشبهة المسقطة للحد . ثم نقل عن الزيلعي قوله : الحكم يدار على كونه حقا تعالى ، فلا تعتبر التهمة في كل فرد من أفراده ؛ إذ التهمة أمر باطن لا يوقف عليه ، فيكتفى بالصورة ؛ لأن الحد يسقط بصورة الشبهة .

وردا على هـذا الجواب ، نذكر أن ما جاء في بدايته ـ وهـو من كلام الإمام المرغيناني ـ سـبق قبل قليل الرد عليه تفصيليا ، ومعه ما ذكره الإمام ابن الهمام شرحا له .

وأما ما أضافه الشيخ أبو زهرة في هذا الجواب ، ففيه شرح بعض دلائل الحنفية ، مثل عبارة الزيلعي السـابقة ، والتي لا تتفق مع الأعذار التي ذكرها الحنفية أنفسهم في وقف التقـادم ، مثل بعد الشاهد عن القاضي أو مرضه أو ما شابه ذلك . ولو سلمنا أن هذه الأعذار مستثناة مما ذكره الزيلعي فليس ثمة وجه للاقتصار على ما كان قهريا منها ، بمعنى أنه يمكن أن يضاف إليهـا الأعذار الإرادية، فالشاهد إذا كان عدلا والمشهود عليه ليس كذلك ، وبرر الشاهد تأخيره بمعاودة نصح المشهود عليه عله يتوب ولكـن دون استجابة ، بل ظل يعـاود أماكن الريبة . فكيف نرد مثل هـذه الشهادة التي تشير الدلائل إلى صدقها بأمر يبعد ظنه ؟!. ثم هل من مصلحة المجتمع بل المشهود عليه نفسه رد هذه الشهادة أم قبولها؟!. ثم ماذا لو داهن المشهود عليه الشاهد وأظهر أمارات الصلاح شهرا ـ مدة التقادم ـ ثم عاد بعد ذلك مقارفا للحد محتاطا فيه ؟!. ربما دفـع موقف الحنفية هذا الشاهد إلى الكذب في وقت تحمله الشهادة ؛ لأنه يعلم صدق نفسـه فيما شاهده .

وبعيدا عن اصطياد الأمثلة التي تؤيد مذهب الجمهور ، فإنه مما ينبغي ألا يختلف فيه هو أنه ليس أية شبهة تصلح أن يسقط بها الحـد ، فمثلا لو ادعى مسلم ـ يعيش في بلد مسلم عربي ـ جهله بتحريم الزنى ، كيف يرفع عنه الحد بهذه الشبهة ؟!. ومن شوهد بأماكن اللهو يشرب الخمر منتشيا به كيف يرفع عنه الحد بشبهة التداوي مثلا ؟!. فالشبهة التي ترفع الحـد هي الشبهة المحتملة لا المطلقة[1] .

---

(١) انظر مثلا في تقرير هذه القاعدة : نيل الأوطار ١٠٥/٧ مع مراعاة أن حديث درء الحد بالشبهة لم يصح مرفوعا ، وإنما ثبت موقوفا . انظر : إرواء الغليل رقم ٢٣١٦ ، ٢٣٥٥ ، ٢٣٥٦ .

فالحنفية عندما يسقطون الحد بالشهادة المتقادمة ، ينطلقون في ذلك من موقفهم من توسيع دائرة الشبهات ، حتى شملت المحتمل منها والمطلق . من ذلك مثلا ما ذهب إليـه الإمام أبو حنيفة رحمه ا ، من أن من يستأجر امرأة ليزني بها فإن الحد لا يقام عليه، وقد عبرصاحب البحرعن دليله فقال ما نصه : '' وله أن ا تعـالى سمى المهر أجرة بقوله تعـالى فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهن فَآتُوهن أُجورهن [1] فصار شبهة ؛ لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقـة ، فصار كما لو قال أمهرتك كذا لأزني بك . قيدنا بأن يكون استأجرها ليزني بها؛ لأنه لو استأجرها للخدمة فزنى بهـا يجب الحد اتفاقا ؛ لأن العقد لم يضف إلى المستوفي بالوطء ، والعقـد المضاف إلى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر ''[2] .

وقد نفى الشـيخ أبو زهرة أن يكون الإمام أبو حنيفة منسوبا إليه هـذا الأمر ، يقول ما نصه أيضا : (وفي النقـل عن أبي حنيفة في مسألة المرأة المستأجرة أو المعارة خطأ ؛ لأن هـذا غير المنصوص عليه في كتب الحنفية ، فقد جاء في البدائع ما نصه '' ولو وطئ المستأجر جارية الإجارة ، والمستعير جارية الإعارة ، والمستودع جارية الوديعة : يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي ؛ لأن هذا ظن عري عن دليل ، فكان في غير موضعه فلا يعتبر ''[3])[4] .

ولكن النص الذي نقله الشيخ أبو زهرة عن الكاساني ليس فيه نفي لما نسب للإمام أبي حنيفة ، وإنمـا فيه أن الكاساني يعبر عن رأيه فحسب ، وهو وجوب الحد ـ وهو الصواب يقينا ـ ، مثله في ذلك مثل ابن الهمام الذي أخـذ برأي الصاحبين دون رأي الإمام[5] ، وأيضا مثل رأي الحصكفي الذي يقـول :

---

(١) النساء : ٢٤ .

(٢) البحر الرائق ١٩/٥ ، ٢٠ .

(٣) البدائع ٣٧/٧ .

(٤) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ١٨ ، ١٩ .

(٥) فتح القدير ١٤٩/٤ ، ١٥٠ .

والحق وجوب الحد كالمستأجرة للخدمة[١]. ويعلق ابن عابدين على كلامه بقوله: أي كما هو قولهما ، وهذا بحث لصاحب الفتح ، وسكت عنه في النهر ، والمتون والشروح على قول الإمام[٢] .

كما ذهب الإمام أبو حنيفة أيضـا إلى عدم إقامة الحد على من نكح ذات محرم ، وكذلك في كل نكـاح مجمع على بطلانه ، كنكاح خامسة أو متزوجة ، ووطئها **عالما بالتحريم** ؛ وذلك لأن صورة العقد شبهة يندرئ بها الحد[٣] !! .

كذلك يرى الإمام أبو حنيفة أن الشهادة بالزنى إذا تمت فصدقهم المشهود عليه فإن الحد يسقط ؛ لأن شرط صحة البينة الإنكـار ، وما كمل الإقرار[٤] . وقد رد ابن قدامة على ذلك بقوله تعالى فَإِن شَهِدوا فَأَمسِكُوهن فِي البيوتِ حتى يتَوفاهن الموتُ أَو يجعلَ الله لَهن سبِيلا [٥] ، وبأن النبي صلى ا عليه وسلم بين السبيل بالحد فتجب إقامته . ولأن البينـة تمت عليه فوجب الحد كمـا لم يعترف . ولأن البينـة أحد حجتي الزنى فلم يبطـل بوجود الحجة الأخرى أو بعضها كالإقرار ، يحققه أن وجود الإقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا ينافيها ، فلا يقدح فيهـا ، كتزكية الشهود والثنـاء عليهم ، ولا نسلم اشتراط الإنكار. وإنما يكتفى بالإقرار في غير الحد إذا وجد بكماله، وهاهنا لم يكمل، فلم يجز الاكتفاء به ، ووجب سماع البينة والعمل بها . وعلى هذا لو أقر مرة أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ، ولو تمت البينة عليه وأقر على نفسه إقرارا تاما ، ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه ، وقوله يقتضي خلاف ذلك[٦] .

---

(١) الدر المختار ١٥٧/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٥٧/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٥/٧ ، ٣٦ ـ فلسـفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ١٦ ، ١٧ ، ٢٥:٢٢ وقـد أبطل الشيخ أبو زهرة ـ بحق ـ ما قال به الإمام أبو حنيفة رحمهما ا .

(٤) لعدم تكراره حتى يصل إلى أربعة أقارير .

(٥) النساء : ١٥ .

(٦) المغني ٧٠/٩ .

وقد أسقط الإمام أبو حنيفة أيضا الحد عمن أقر بأنه زنى بامرأة فكذبته ؛ وذلك لأن الزنى فعل مشترك بينهما، قائم بهما، فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة في الآخر[1]. وقد أجاب ابن قدامة أيضا على ذلك بأن النبي صلى ا عليه وسلم أتاه رجـل فأقر عنده أنه زنى بامرأة ، فسماها له ، فبعث رسول ا صلى ا عليه وسلم إلى المرأة ، فسألها عن ذلك ، فأنكرت أن تكون زنت ، فجلده الحد وتركها[2]. ولأن انتفـاء ثبوته في حقها لا يبطل إقراره كما لو سكتت أو كما لم يسأل . ولأن عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه ، وهو قول عمر : إذا كان الحبل أو الاعتراف[3]. وقولهم '' إننا صدقناها في إنكارها '' لا يصح ، فإننا لم نحكم بصدقها . وانتفـاء الحد إنما كان لعدم المقتضى وهـو الإقرار أو البينة ، لا لوجود التصديق ، بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة[4] .

وبهذا الاتساع غير الصائب من الحنفية في مفهوم الشبهة لا يبدو غريبا إذن ما ذكروه من أنه لا ينظر إلى تهمة الشاهد ـ وهي أساس الأخذ بالتقادم ـ وإنما إلى المدة وحدها ، ولا يبدو غريبا كذلك أن يفسر تأخير الشـاهد بالتهمة وحدها دون أن يسانده دلائل تؤيده ، بل يصادم ما يخالفه ، **وهو أن الأداء ليس واجبا، واختيار الأداء أو الستر فور التحمل ليس واجبا أيضا، ولم يصح النص الوارد في التقادم ، ولو صح فمتأول ، وتحديد المدة لم يرد بها نص ، والعدالة ثابتة ، والإدلاء بالشهادة وقتما يشاء الشاهد حق لا يسلب منه إلا بنص أو ما في حكمه، ومظاهر العداء بين الشاهد والمشهود عليه ليست ظاهرة ولا كائنة،**

---

(١) البحر الرائق ٢٠/٥ .

(٢) حديث صحيح ، أخرجه :

ـ أحمد ، باقي مسند الأنصار ، رقم ٢٢٣٦٨ .

ـ أبو داود ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعـز بن مالك ، وباب إذا أقـر الرجل بالزنى ولم تقـر المرأة .

(٣) الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم . مع مراعاة أن الحد بالحبل له ضوابطه تنظر في مواضعها .

(٤) المغني ٦١/٩ .

واحتمالات التأخير ـ غير التهمة ـ متعددة ، كالنسيان[1] أو معاودة النصح أو الجهل بردها بالتقـادم أو تحملها الشـاهد وهو فاسق أوغير ذلك من أسباب . لا يبدو غريبا أن تترك كل هـذه الثوابت الظاهرة لأجل ظن خفي لا يقوم على ساق سوية .

ولعل في حادثة عمر بن الخطاب مع المغيرة رضي الله عنهما ما يؤكد ذلك ، حيث إن الظن بإيلاج المغيرة كالمرود في المكحلة لا يختلف أحد في قوته لحد يقارب الحقيقة ظاهرا، فقد صرح ثلاثة بذلك في شهادتهم ، والرابع المتوقف لم يكذبهم وإنما ذكـر ما يدنو من شهادتهم ويسهم في صدقها . وبرغم هذا فإن عمر رضي الله عنه لم يلتفت إلى هـذا الظن الضارب بأوفر قدر من الصدق ؛ لأجل معارضته ما هو ثابت بالنص . ليس هذا فحسب ، بل أقام حد القذف على أبي بكرة وصاحبيه رضي الله عنهم ، ولم تقبل شهادة أبي بكرة رضي الله عنه وحده بعد ؛ لأنه أصر على ما شهد به .

فعمر رضي الله عنه ترك الظـن الذي لو أخذ به أقيم الحد ، والجمهور ـ في الشـهادة المتقادمة ـ تركوا الظن الذي لو أخذوا به سـقط الحد . وبون شاسع بين التثبت في إقامة حد وبين التماس أسباب رفعه ، بيد أن بين الأمرين قدرا مشتركا،وهو أن الظن إذا لم يثبت بقرائن ظاهرة لم تعطل لأجله النصوص، فحادثة عمر رضي الله عنه تُرك فيهـا الظن لأجل الشهادة التي لم تكمل ، وهو ما ثبت نصـا ، والجمهور لم يلتفت للظن الحادث عن الشهادة المتقادمة ـ دون أن يعتمد هـذا الظن على سند ثابت ظاهر ـ لأجـل معارضته للنصوص التي توجب الأخذ بالشهادة .

٣ ـ كما قاس الجمهور الشهادة المتقادمة على الإقرار المتقادم ، وكلاهما حجة يثبت بهـا الحد ، برغم أن الإقرار ـ متقادم أوغير متقادم ـ لا يمكن

---

(١) يذكرابن قدامة أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها ، وقال كنت أنسيتها : قبلت، ولم ترد شهادته . ويذكر كذلك أنه لا يعلم فيه مخالفا ؛ وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، والناسي لا شهادة عنده ، فهو صادق في إنكاره ، فإذا ذكرها صارت عنده ، فلا نكذبه مـع إمكـان صـدقه . المغنى ٢٦٨/١٤ بيسير تصرف .

الجزم بصدقه ظاهرا وباطنا، فلماذا لا تأخذ الشهادة حكمه ؟.

وقد أجاب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا ، من ذلك ما قاله الزيلعي : تهمة الضغينة لا تتصور في الإقرار، لأن المقر لا يعادي نفسه ، كما أن الإقرار لا يبطل بالتهمة والفسق[1] .

وهذا الجواب لا حاجة لمناقشته ؛ لأن الحنفيـة أنفسهم لا يختلفون مع الجمهور في الأخـذ بالإقرار المتقادم ، سوى ما سبق ذكره من أن الشيخين أبا حنيفة وأبا يوسف أخذا بتقادم الإقرار في الشرب ، وقدرا مدته بزوال الرائحة ، وقد خالفهما الإمام محمد في ذلك ، حيث ذهب إلى عدم تقـادم الإقرار مطلقا ، موافقا في ذلك الجمهور ، وهو ما سبق أن أثبتنا صوابه .

٤ ـ كما قاس الجمهور أيضا الشهادة المتقادمة في الحدود على الشهادة ـ المتقادمة أو غير المتقادمة ـ في حقـوق الآدميين ، فليس هناك فرق بين شهادة متقادمة في حق أو في حد ، فلماذا نقصر قبولها على الحقوق؟ .

ويجيب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا بأن التقادم غير مانع في حقوق العباد؛ لأن الدعوى فيها شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى ، فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف الحـدود الخالصة تعالى ، فالشهادة فيهـا لا تتوقف علـى الدعوى .

ويضيف الشـيخ أبو زهرة : '' وقد رد الذين اعتبروا تأخير الشهادة شبهة قياس الشهادة في الحدود على الشهادة في الأموال ، من حيث إن التأخير لا يمنع سماعها . فقالوا إن القياس ممنوع ؛ لأن الموضوع غير مسلم ، فإن الشاهد لو تأخر في أداء الشهادة بعد أن طلب منه أداؤها اعتبر فاسقا ؛ لقوله تعالى ولا تَكْتُموا الشهادةَ ومن يكْتُمها فَإنه آثِم قَلْبه [2] ، وإذا كان فاسقا بهذا

---

(١) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

التأخير فإن شهادته لا تقبـل . ولو سلم أن حقوق العباد تسمع فيهـا الشهادة مع التأخير في أدائها عند وجوب الأداء ما كان ثمة موضع للقياس أيضا ؛ لأن حقوق العباد لا تسقط بالشبهات ، بينما الحدود تدرأ بالشبهات'' [1] .

كما أن هناك فرقـا بين حقوق ا تعالى وحقوق الآدميين ، حيث بنيت حقوق ا على التسامح ، وحقوق العبـاد على المشاحة ، فما يصلح أن يكون وسيلة إثبات لأحدهما قد لا يصلح وسيلة إثبات للآخر[2] .

ويمكن مناقشة جواب الحنفية بالقول بأن الشاهد إذا لم يكن متهما بتأخير الدعوى فإن التهمة ستلحق صاحب الحق في الدعوى من باب أولى ؛ لأن العادة جرت على ألا يترك صاحب الحق حقه زمنا متقادما ، ثم يطلبه بعد ذلك ، دون أن يكون له عذر في هذا التأخير .

كما أنه ليس شرطا أن يكـون سبب تأخير الشهادة هو تأخير الدعوى ، فقد يعلم الشاهد برفع الدعوى ، ومع هـذا يتأخر في أدائهـا ، لعلمه مثلا بعدم تعينها عليه ، وبرغم ذلك تقبل شهادته المتقادمة بعد طلبها منه .

وأما ما أضافه الشيخ أبو زهرة ، فإن الجمهور لم يقل بأن الشاهد في حد خالص تعالى إذا دعي للشهادة فلم يلب دون عذر أن شهادته تقبل بعد ذلك، تقادمت أو لم تتقادم ، مثل القاذف الذي يطلب شهادة الشهود فلم يلبوا دون عذر، ثم شهدوا على المقذوف نفسه بعد ذلك بزمن متقادم أو غير متقادم فإن شهادتهم لا تقبل . لم يقل الجمهور بقبول شهادتهم حتى يعترض عليهم بما ذكره الشيخ أبو زهرة . هذا ، والجواب على بقية كلام الشيخ أبي زهرة ، سبق أن أوضحنا بالتفصيل أن الشبهة الناتجة عن التأخير في الشهادة بحدود ا الخالصة لا تقوى على درء الحد ، فلا حاجة إلى إعادته ثانيا .

---

(١) فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٤٧ .

(٢) انظر : السرقة بين التجريم والعقوبة ، د. الشافعي عبد الرحمن ، ص ٨٨ .

٥ ـ كما ذكر الجمهور أن ولي الأمر ليس له الحق في أن يعفـو عن هذه الجرائم ؛ لأنه ليس هناك نص يجيز له ذلك ، وإذا ثبت هذا فقد امتنع القول بتقادم دليلها .

وقد يقال بأن هـذا ليس عفوا من ولي الأمر عن هـذه الجرائم ؛ لأن العفو يأتي بعد سلامة وسـائل الإثبات من التهمة ، مثل عفوه عن بعض جرائم التعازير لمصلحة يراها ، وهذا ما لا نجده في الدليل المتقادم . كما أن ولي الأمر لم يعدم نصا يسوغ له رد هذا الدليل المتقادم .

وإذا كان التقادم يختلف عن العفو، فإن النصوص الواردة في شأن التقادم سبق بيان عدم صحة سندها ، ولو افترضنا صحة سندها فإن دلالتها ـ كما سبق أيضا ـ لا تسلم لما قاله الحنفية .

٦ ـ وآخر ما ذكره الجمهور هو أن تأخير الشهادة قد يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ؛ لأنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا . ولم يحر الحنفية جوابا على هـذا ، فقد نصوا أيضا على عدم رفع الحد بتأخير الشهادة بسبب العذر أو الغيبة . ولكـن سبق القول بأن الحنفية يعتدون بالعذر فيما كان قهريا كالمرض ، أما العذر الإرادي فالظاهر من تصرفهم عدم الاعتداد به دون أن يكون لهم في ذلك دليل ثابت[1] .

تعقيـب

وبعد أن تبين لنا أن أدلة الحنفية وأجوبتهم على أدلة الجمهور لم تسلم من توجيه النقد إليها ، فإن فروع المسألة تبعا لذلك تصير غير مسلم بها أيضا . من ذلك مثلا مدة التقادم ، والمدة التي يرجحها غالب فقهاء الحنفية هي شهر ، قياسا على مسألة الحالف بقضاء الدين عاجلا ، حيث يرون أن العرف قد جعل الشهر حدا فاصلا بين العاجل والآجل ، فمن أدى دينه قبل الشهر لم يحنث أما بعده

---

(١) راجع ص ٤٥٣ .

فيحنث .

وعلى فرض التسليم بأن الشهادة بحد خالص سبحانه تسقط بالتقـادم كما قـال الحنفية ، فإنه لا يسلم لهم بفرض الشهر مدة للتقادم ؛ لأنه لم يرد بذلك نص من كتاب أو سنة أو حتى أثر، والعرف لا بد أن يأتي موافقا للقواعد العامة للشريعة حتى يكون محلا للاستدلال ، كما أنه دائما يتغير بتغير الزمان والمكان، ثم هل الشهر يزيد يوما أو ينقص يختلف عن الشـهر التام في نفي التهمة عن الشاهد أو إلحاقها به ؟!. كذلك فإنه يخشى من تحديد مدة للتقادم ألا يبحث بعد ذلك في وجود التهمة بالشـاهد أو نفيها عنه ، وأن يصرف الاهتمام فحسب إلى المدة وحدها ، وهو ما قاله الحنفية فعلا ، فقد سبق أن ذكرنا بعض أقوالهم في جعل التقادم مقام التهمة ، وأن التهمة لا تعتبر في كل فرد ؛ لأنها أمر باطن لا يوقف عليه فيكتفى بالصورة . كما أن الاكتفاء بالمدة وحدها قد يلغي اعتبار أية وسيلة إثبات أخرى تقـوي جانب الشهادة المتقادمة ، مثـل القرائن والسياسة الشرعية وغير ذلك من وسائل إثبات لا تنفك عن الوسائل العلمية المتطورة في إثبات الجريمة .

ولكن هل معنى عدم سـلامة أدلة الحنفية مما سـبق أن يصبح رأيهم مطروحا كليـة ، وأن تقبل كـل شهادة متقادمة في حـدود ا الخالصة ما دام الشهود عدولا ؟.

ربما يكون الجواب بالإثبات لو كـان الأمر في قرون الخيرية الأولى ، حيث عدالة الشهود هي الأصل في الناس، وإجراءات التقاضي يسيرة، والإحاطة بأحوال الشهود لا تكلف القاضي كثيرا في الوقوف عليهـا . أما اليـوم فأمر العدالة عزيز ، كمـا ترخص القضاء في كثير من ضوابطها ، بحيث إن شهادة العدل بمفهوم اليوم لم تكن لتقبل بحال في تلك القرون،وقد زاد من هذا الترخص اكتظاظ سـاحات المحاكم بالقضايا ، بحيث أصبح من العسير بمكان أن يرسـل القاضي **العـدل عـدولا** ينظرون في **عدالـة** الشهود بسـؤال **العـدول** عنهم ، كما صار شراء الذمم والشهادات أمرا مألوفا ، حتى لو كان الأمر في نطـاق الحدود الخالصة للمولى سبحانه نكاية في المشهود عليه ، وربما جلبا لمصالح

من وراء حده وعقابه .

وليست هذه العوارض تخص الشهادة المتقادمة وحدها ، بل نجدها أيضا في غير المتقـادمة ، غير أن بروز بعضها في المتقادمة أجلى وأوضح . وليس معنى هذا أيضـا أن نعطل وسيلة إثبات هي من أهم وأبرز وسـائل الإثبات ، غير أن الأمر اليوم يقضي بتقييد الاعتداد بها بما لا يخرجها أيضـا عن متناول عموم النصوص الواردة في إقامتها ، وهذا التقييد يتمثل في أمور :

١ ـ أن يبعث القاضي في السـؤال عن عدالة الشهود ، ولا يمنع هـذا الأمر كونه عسيرا ، فهو ليس مستحيلا . كمـا أن الشهادة أثرها خطير ، ليس فحسب فيما نحن بصدده ، وإنما في كافة أنواع التقاضي ، من معاملات وجرائم وعقوبات وأحكام أسرة وغير ذلك ، وبقدر هذه الأهمية للشهادة ينبغي أن يكون كذلك التوثق منهـا . ولا بد أن تتفق الكلمة في تعديل الشهود ؛ لأن اختلافها مع تقادم الشهادة يعد شبهة تسقط الحد . وعلى هذا فلا يكتفى مطلقا بشهادة مجهول الحال اعتمادا على إسلامه وأنه يكون بهذا ظاهر العدالة ، يقول ابن تيمية رحمه ا : وأما قول من يقول : الأصل في المسلمين العدالة . فهو باطل ، بل الأصل في بني آدم الظلم والجهـل ، كما قال تعالى وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا [1] ومجرد التكلم بالشهادتين لا يوجب انتقال الإنسان من الظلم والجهل إلى العـدل[2] . كما يذكر الكاساني رحمه ا أنه لا خلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم ا في أن القاضي يسـأل عن حال الشـهود في الحـدود والقصاص، ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة، سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن[3].

٢ ـ أن يبعث القاضي كذلك من يسأل عن وجود أية دلالات ظاهرة على عداوة أو تحرشات بين أحد الشهود والمشهود عليه ، ولا مانع كذلك من السؤال

---

(١) الأحزاب : ٧٢ .

(٢) مجموع الفتاوى : ٣٥٧/١٥ .

(٣) البدائع ٢٧٠/٦ .

عن أحوال المشهود عليه ، فمثلا لو كان المشهود عليه مبرزا في العدالة وكـان بينه وبينه أحـد الشهود يسير عداوة دنيوية ، فإن ذلك يكفي في درء الحد عنه ، ولعلنا نستأنس في ذلك بما جـاء عن ابن سبرة قال : إنا لبمكة إذ نحـن بامرأة اجتمع عليها الناس ، حتى كاد أن يقتلوها ، وهم يقولون زنت زنت ، فأتي بها عمر بن الخطاب رضي ا عنه وهي حبلى ، وجـاء معها قومها **فأثنوا عليها بخير** . فقال عمر : أخبريني عن أمرك . قالت : يا أمير المؤمنين ، كنت امرأة أصيب من هـذا الليل ، فصليت ذات ليلة ثم نمت ، وقمت ورجل بيـن رجلي فقذف في مثل الشهاب ، ثم ذهب . فقال عمر رضي ا عنه : لو قتل هـذه من بين الجبلين لعذبهم ا . فخلى سبيلها ، وكتب إلى الآفـاق أن لا تقتلوا أحدا إلا بإذني[1] . أما إذا كـان المشهود عليه معروفا بين الناس بسـوء فعاله فإن يسير العداوة - الذي لا يخلو منه تعاملات الناس اليومية - لا يعفيه من الحد .

٣ - أن يسأل القاضي الشاهد عن سبب تأخيره ، فإن لم يبد سببا أو أبدى سببا واهيا ، وتفرس القاضي فيه ريبة ، فإنه يرد شهادته بذلك ، يقول القرطبي في قوله تعالى ﴿ مِمن تَرضون مِن الشهداءِ ﴾[2] : لما كانت الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة منيفة ، وهي قبول قول الغير على الغير ، شرط تعالى فيهـا[3] الرضا والعدالة . فمن حكم الشـاهد أن تكون له شمائل ينفرد بها وفضائل يتحلى بهـا حتى تكـون له مزية على غيره ، توجب له تلك المزية رتبة الاختصاص بقبول قوله ، ويحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته . وهذا أدل دليل على جواز الاجتهاد والاستدلال بالأمارات والعلامات عند علمائنا على ماخفي من المعاني والأحكام. وفيه ما يدل على تفويض الأمر إلى اجتهـاد الحكام ، فربما تفرس في الشـاهد غفلة أو ريبة فيرد شهادته لذلك[4] .

---

(١) سنن البيهقي بسند صحيح ، مع حذف يسير ، ٢٣٦/٨ .

(٢) البقرة : ٢٨٢ .

(٣) في المداينة .

(٤) تفسـير القرطبي ١٢٠٤/٢ ثم عاود القرطبي الكلام عن الاستدلال بالأمارات والعلامات عنـد تفسيره شاهد يوسف عليه السلام . ٣٤٠٣/٥ .

٤ ـ أن ينظر القاضي في حال المشهود عليه ، فإذا علم بالسؤال وقرائن الأحوال أنه قد تاب واستقامت حالـه ، ومر من الزمان المتقـادم ما يشهد له بصدق توبته ـ ولو ظاهرا ـ فإنه يسقط عنه الحد لأجل ذلك[1] .

الفرع الثاني

تقادم الشهادة التي يتوقف قبولها على الدعوى

هذا عن تقـادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى ، أما الشهادة التي يتوقف قبولها على الدعوى فالذي يخصنا هنا هـو القصاص ، والسرقة ، والقذف .

القصـاص

أما القصاص فإن كلا من الجمهور والحنفيـة يرون أن تقـادم الشهادة بالقصاص لا يمنع قبولها ؛ وذلك حتى لا يضيع حق العبد ، وأن الشاهد معذور في تقادم شهادته لتأخير المدعي دعواه .

ولكن لا يلزم أن يكون الشـاهد معذورا في كل حال ، فقد يكتم الشـاهد شهادته برغم طلب صاحب الدعوى ـ غير المتقادمة ـ منه شهادته ، فلا يجيبه إلا بعد زمن متقادم دون عذر ، وهـذا لا شك في عدم قبول شهادته ، يقـول سبحانه : ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا [2] .

وقد يكتم الشـاهد شهادته دون عذر ، على الرغم من علمه من تعينهـا عليه ، وعلمه أيضا من عدم علم صاحب القصاص بها ، وفي عموم هذه الحالة يقول ابن قدامة : ومن كانت عنده شهادة لآدمي، لم يخل إما أن يكون عالما بها،

---

(١) انظر على سبيل المثال في إسـقاط الحد بالتوبة : المغني ١٣٠/٩ ـ مجموع الفتاوى ٣١/١٦ ، ٣٠١/٢٨ ـ التشريع الجنائي الإسـلامي ٣٥٣/١ : ٣٥٥ ـ فلسفة العقوبة 'القسم الثـاني' ص ٦٢ : ٧٤ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

أو غيرعالم . فإذا كان عالما بهـا لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك ؛ لقول النبي صلى ا عليـه وسلم '' خير الناس قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذيـن يلونهم ، ثم يأتي قوم ينذرون ولا يوفون ، ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون ''[1]، ولأن أداءها حق للمشهود له ، فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه .

وإذا كان المشهود له غير عالم بها ، جاز للشاهد أداؤها قبل طلبها ؛ لأن النبي صلى ا عليه وسلم قال : '' ألا أنبئكم بخير الشهداء؟. الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها ''[2] . قال مالك : هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بهـا الذي هي له . وهـذا الحديث ـ وإن كان مطلقا ـ فإنه يتعين حمله على هـذه الصور ؛ جمعا بين الحديثين ، ولأنه إذا لم يكن عالما بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها ، بخلاف العالم بها ، وهذا مذهب الشافعي[3] .

وكما قال ابن قدامة فإن هذا هو مذهب الشافعي ، وقد ذكره جماعة منهم الشيخ أبو علي[4] ، ولم يذكر فيه خلافا[5] . ولكن ابن أبي الدم الشـافعي تعقب مذهبه في هذا ، فذكر أن فيه نظرا ظاهرا ؛ إذ كان يمكن أن يكلف الشاهد إعلام المالك بذلك إن أمكنه ، ثم يشهد الشاهد بعد الدعوى ، فهذا أولى من قبول شهادة

---

(١) البخاري ، كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على جور إذا أشهد .

(٢) الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب ما جاء في الشهادات .

مسلم ، كتاب الأقضية ، باب بيان خير الشهود .

(٣) المغني ٢٠٣/١٠ .

(٤) أبو علي الحسين بن شعيب بن محمد السنجي الشافعي ، عالم خراسان ، مات سنة نيف وثلاثين وأربعمائة ، من تصانيفه : شرح التلخيص لأبي العباس ، كتاب المجموع ، شرح مختصر المزني . راجع : طبقـات الشافعية الكبرى لابن السبكي ٣٤٤/٤ الحلبي بالقاهـرة ، طبعـة سنة ١٩٦٥م .

معجم المؤلفين ١١/٤ ، ١٢ .

(٥) أدب القضاء لابن أبي الدم ، ١٠٣/٢ مطبعة الإرشـاد ببغـداد ، مطبوعـات وزارة الأوقـاف والشئون الدينية بالعراق ، طبعة أولى ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

حسبة في حق آدمي من غير دعوى ، مع إمكان الدعوى[1] .

وعلى هـذا فقد حمل ابن أبي الدم الحديث السابق على شهادة الحسبة ، يقول : شهادة الحسبة عبارة عن أداء الشـاهد شهادة تحملها ابتداء ، لا بطلب طالب ، ولا بتقدم دعوى مدع . ومعنى حسبة أي احتسابا تعالى[2] ، وعليه حمل قوله عليه الصلاة والسلام '' خير الشهود من شهد قبل أن يستشهد ''[3] .

وعلى أية حال فإن ما ذكره ابن قدامة و ابن أبي الدم محمول على عدم تعين الشهادة على الشاهد ، وإلا فهي واجبة وليست جائزة فحسب ، ترد بتقادمها فلا تقبل منه ، يقول القرطبي : من كانت عنده شهادة لرجل لم يعلمها مستحقها الذي ينتفع بهـا ، فقال قوم : أداؤها ندب لقوله تعالى ولاَ يأْب الشهداء إِذَا ما دعوا [4] ففرض ا الأداء عند الدعاء، فإذا لم يدع كان ندبا لقوله عليه الصلاة والسلام '' خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها '' . والصحيح أن أداءها فرض وإن لم يسألها إذا خاف على الحـق ضياعه أو فوته ، فيجب على من تحمل شـيئا من ذلك أداء تلك الشهادة ، ولا يقف أداؤها على أن تسأل منه

---

(١) السـابق ١٠٣/٢ ، ١٠٤ باختصار وتصرف . وما ذهب إليـه ابن أبي الدم صححه النـووي من بعده ، يقول : وأما ما هو حق آدمي كالقصاص ، وحد القذف ، والبيوع ، والأقارير ، فلا تقبـل فيه شهادة الحسـبة ، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق أخبره الشـاهد حتى يدعي ويستشهده فليشهد. وقيل تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة ، وقيل تقبل في الأموال أيضا ، وقيل تقبل إن لـم يعلـم المستحق بالحق . والصحيح المنع مطلقا . الروضة ٢٤٤/١١ .

(٢) ويصف النووي الحق المطالب به بشهادة الحسبة بأنه ما تمحض حقا تعالى ، أو كان له فيـه حق متأكد لا يتأثر برضا الآدمي . الروضة ٢٤٣/١١ .

(٣) أدب القضاء ٩٩/٢ وفي بقية وجوه توجيه حديث '' خير الشهود '' وحديث '' يـشهدون ولا يستشهدون '' انظر :

- شرح النووي لمسلم ، كتاب الأقضية ، باب بيان خير الشهود .
- فتح الباري ، كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد .
- مجموع الفتاوى ٢٩٦/٢٠ ، ٢٩٧ .

(٤) البقـرة : ٢٨٤ .

فيضيع الحق ، وقد قال تعالى ﴿ وَأَقِيموا الشهادةَ لِلهِ ﴾[1] ، وقال ﴿ إلا من شَهد بِالْحق وهم يعلَمون ﴾[2] . وفي الصحيح عن النبي صلى ا عليه وسلم '' انصر أخاك ظالما أو مظلوما ''[3] . فقد تعين عليه نصره بأداء الشهادة التي له عنده ؛ إحياء لحقه الذي أماته الإنكار[4]. ثم رجح القرطبي أن هذا الكتمان يسلب الشاهد أهليته المطلقة للشهادة ، لا في هذه الشهادة وحدها[5] . وما قرره القرطبي من وجوب الأداء في هذه الحالة هو ما سبق أن قال به أيضا ابن حزم[6] ، كما رجح متأخرو الحنفية عدم قبول شهادته[7] .

الســرقة

أما الشهادة المتقادمة في الســرقة فقد سبق أن ذكرنا أن من يدعى إلى الشهادة على سرقة فلم يلب دون عذر ، ثم تقدم للشهادة عليها بعد أن تقادمت فإن شهادته ترد مطلقا .

وذكرنا كذلك أن الشاهد إذا كان معذورا في التأخير لتأخر الدعوى ، وأن صاحب الدعوى كان على علم بالشهادة بإعلام الشــاهد إياه أو بغيره ، وبرغم هذا تأخر في رفع الدعوى ، أن الشــاهد في هذه الحالة تقبل شهادته في ضمان

---

(١) الطــلاق : ٢ .

(٢) الزخرف : ٨٦ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري ومسلم ، واللفظ للبخاري :

البخاري ، كتاب المظالم ، باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما .

مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما .

(٤) القرطبي ، باختصار يسير ، ١٢٠٧/١ ، المسألة الحادية والأربعون في تفسير آية المداينة .

(٥) القرطبي ، ١٢٠٨/١ ، المسألة الثانية والأربعون .

(٦) المحلى ٤٩/١٣ .

(٧) طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ، ص٢٨٩ ، المطبعة السلفية بالقاهرة ، طبعة سنة ١٣٤٧هـ ـ وبعض متأخري الحنفية أوجب على الشاهد إعلام المدعي فحسب بما يشهد ، فإن طلب وجب عليــه أن يشــهد وإلا لا ؛ إذ يحتمل أنه ترك حقه . منحة الخالق على البحر الرائق ٥٧/٧ .

المال دون القطع ، وذلك لتأخر الدعوى ، وهذا ما سنناقشه بعد قليل عند الكلام عن تقادم الدعوى .

وقد سبق أن ذكرنا أيضا ، أن الشاهد إذا كتم الشهادة أو إعلام المسروق منـه بالأمر برغم عدم علمه ، أن شهادته المتقادمة في هـذه الحالة لا تقبل في القطع ، وأما ضمان المال : فمن الحنفية من ردها أيضا في ذلك ، ومنهم من ضمن بها المال .

ودليل من ردها هو أنه يرى أن مثل هذه الشهادة تعد شهادة متهم ، ولا شهادة لمتهم ، يقـول ابن عابدين : '' ينبغي أنهم لو أخروا الشـهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبـل في حق المال أيضـا ''[1] . وهو ما مال إليـه ابن الهمام كذلك[2] . وكأن من ذهب هذا المذهب قاس هذه الحالة على حالة من دعي إلى الشهادة فلم يلب دون عذر ؛ إذ ليس بينهما كبير فرق ، فقد جمعهما كتمان الأمر دون مقتضى ، وما يترتب على ذلك من تضييع حقوق الناس .

وأما من يرى ضمان المـال بهذه الشهادة فقد عبر ابن نجيم عن دليلهم بقوله : '' قولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمـة في شهادتهم مع التقادم مشكل ؛ لتصريحهم في كتاب الشهادات بأنه لا شهادة للمتهم ، سواء كانت في الأموال أو في غيرها ، إلا أن يقـال إن التهمة غير محققة ، وإنما الموجود الشبهة ، والمال يثبت مع الشبهة بخلاف الحد ''[3] .

ولا يخفى أن الدليل الذي ذكره ابن نجيم من الوهن بمكان ؛ إذ ماذا بعد وصف الشاهد بأنه آثم قلبه ، فاسق ، حتى يكون متهما ؟!. ثم إن السرقة تختلف عن القصاص في كونها لا شبهة في الشاهد إذا تقدم للشهادة دون طلب المسروق منه ، خاصـة أن الحنفية لم يعجزهم إيجاد السـبيل في درء الحـد برغم أداء الشهادة ، حيث يذكر السرخسي أنه يندب للشاهدين الستر على السارق في حالة

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ .

(٢) فتح القدير ١٦٣/٤ ـ حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٣) البحر الرائق ٢٢/٥ .

رده ما سرقه ، فإن أبى ذلك وقال صاحب المتاع : إذن يذهب متاعي ، وسعهما أن يشهدا أنه متاع هذا أخذه هذا ، من غير أن يذكرا السرقة ؛ لأنهما ندبا إلى الستر عليه ، ونهيا عن كتمان الشهادة التي تتضمن إبطال حق المسلم . فالطريق الذي يعتدل فيه النظر من الجانبين هذا ، وهو أن يشهدا بلفظ الأخذ دون السرقة، ليكون الآخذ مجبرا على رد العين حال قيامها ، وعلى رد القيمة عند هلاكها ، فيتوصل صاحب المتاع إلى حقـه ، ولا ينتهك ستر الآخذ . وهما صادقان في هذه الشهادة ، فالسارق أخذ المتاع لا محالة[1] .

وكم يصعب تطبيـق ما يقوله السرخسي ـ على فرض التسليم به ـ ، خاصة في زماننا هذا النيابي ، كما أن مثل هذا السارق الناكر حق المسروق منه لا يستحق إلا الشهادة ضده بأنه سرق وليس أخذ .

كما أوجب الحنفية على الشـاهد في حقوق ا سبحانه المستديمة ـ غير الحدود ـ أداء شهادته ، وحكموا بردها بتأخيرها دون عذر[2]، وإذا كان الحنفية قد ذكروا هـذا في حقوق ا سبحانه المستديمة فحقوق العبـاد في السرقة أولى بذلك ، حتى إن كانت مشتركة مع حـد ا سبحانه ؛ إذ بإمكان الشـاهد إعلام المسروق منه أو الأداء على الوجـه المتقدم . وأخيرا فإن في كـلام القرطبي السابق في القصاص ردا وبيانا لما نحن بصدده هنا .

القـذف

أما تقادم الشهادة في القذف فقد وافق الحنفية الجمهور في عدم تقادمها فيـه ؛ وذلك لحق العبـد وعدم انفصاله عن حق ا سبحانه فيـه ، ولتوقفه على دعوى المقذوف . ولكـن ليس من شك في أن من دعي إلى الشهادة في القذف فلم يلب دون عذر أن شهادته لا تقبل بعد ذلك فيه ، وهذا بمثابة قاعدة

---

(١) المبسوط ١٤٦/٩ .

(٢) البحر الرائق ٥٨/٧ ـ البدائع ٢٨٢/٦ .

عامة فيما مضى من شهادات ، يقول الزيلعي : '' لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته ''[1]. كما أن الشاهد إذا علم أن المقذوف شكا قاذفه ولا يعلم بشهادته وأنها صارت متعينة عليه وجب عليه الأداء ، وإلا صار كاتما لها ، بحيث لا تقبل منه بعد ذلك ، مثل القصاص والسرقة .

وأما إذا كان المقذوف لا يعلم بقذفه فالمستحب للشـاهد ألا يبلغه ، ولكن هذا فيمن لا يلحقه ـ بعدم الإبلاغ ـ أي نوع من الضرر الأدبي أو المـادي ، وعليه يحمل ما جاء عن عطاء رضي ا عنه ، فعن ابن جريج قال : '' قلت لعطاء : رجل قال لرجل : إن فلانا يقول : إنك زان . قال : إن جاء ببينة على أن ذلك قد قاله فليس عليـه شيء ، إلا أنه بئس ما مشى به ، وإن لم يأت على ذلك ببينة جلد المبلغ ''[2] .

هذا عن تقـادم الشهادات التي يتوقف قبولها على الدعوى ، أما تقـادم الدعوى نفسـها فيكون بسبب تأخر صاحب الحق في المطالبة بحقـه ، والذي يخصنا هو تقادم دعوى القصاص ، والسرقة ، والقذف .

أما القصاص فقد سبق أن ذكرنا أن الحنفية قالوا بسماع الدعوى المتقادمة المبنية على الشهادة ، ولكن مع صدور الفرمان العثماني بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشـرة سنة ـ إلا ما استثني ـ وجـدنا متأخري الحنفيـة وغيرهم لا يسمعون دعوى القصاص بعد هذه المدة ، من ذلك ما جاء في (العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية) : '' سئل في رجل يدعي على آخر بأنه قتل مورثه من مدة تزيد على عشـرين سنة ولم يمنعه مانع شرعي ، فهل تكـون دعواه غير مسموعة ؟. الجواب : إذا ترك دعوى القصاص بلا عذر شرعي عشرين سنة لا تسمع دعواه ، كما أفتى بذلك المولى شيخ الإسـلام علي أفندي مفتي السلطنة

(١) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ ، ٢٠٧/٤ .

(٢) مصنف عبد الرزاق ٤٢٧/٧ ، ٤٢٨ وانظر مصنف ابن أبي شيبة ١٥٢/١٠ .

العلية كما هو مسطور في فتاويه المشهورة ''[1] .

وكما هو بين فإن أساس هذه الفتوى ـ أو بالأحرى الفرمان العثماني ـ إنما يقوم على التهمة ، لأن سكوت صاحب الحق هذه المدة ، دون أن يكون له مستند مقبول ، فإن ذلك يجعله متهما بحدوث عداوة طارئة بينـه وبين المدعى عليه ، أو يجعله متهما بجلب النفع إلى نفسه طمعا في أخذ الدية مثلا ، وإذا كان الفقهاء قد ذهبوا إلى عدم قبول شهادة المتهم بجر النفع إلى نفسه ، فإن انسحاب ما ذكـروه إلى المدعي من باب أولى ؛ فقد جرت العادة على ألا يترك الإنسان حقه هذه المدة المتطاولة دون مبرر ، ثم فجأة يطالب به ، وهذا بخلاف الشاهد الذي لا يعـود عليه أي نفع بشهادته ظاهرا ، كما قد يكون تأخيره بسبب تأخر الدعوى أو لعلمه بعدم تعين الشهادة عليه أو لغير ذلك من أسباب .

على أنه يجب التفرقة بين الدعوى المتقادمة المبنية على الشهادة وحدها وبين الدعوى المتقادمة المبنية على دليل إثبات آخـر بجانب الشهادة ، بحيث لا تسمع الدعوى الأولى لما ذكرناه ، أما الأخرى فيجب أن تسمع لظهور الحق حينئذ ، مثلها في ذلك مثـل إقرار المدعى عليه ، وفي هـذا ومثله يذكـر ابن عابدين أن السلطان إذا أمر بسماع دعوى بعد المدة المذكورة فإنه يجب عليه أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها ؛ كيلا يضيع حق المدعي ، والظاهر أن هـذا حيث لم يظهر من المدعي أمارة التزوير[2] .

وعلى أية حال فإن المدة المذكورة ـ وهي خمس عشرة سنة ـ لا يخفى مدى زيادتها عما قدرت لأجله ، فليس هناك كبير فرق بين هـذه المدة وبين أربع عشرة سنة مثلا ، فضلا عن عدم توقيف هذه المدة ، وأسباب أخرى ذكرناها قبل قليل . لذا فلعله من الأنسب أن يكون اتهام صاحب الدعوى مرتبطا بمدى تمكنه من الشكوى ثم إعراضه عنها دون أن يبدي في ذلك مقنعا .

---

(١) العقود الدرية لابن عابدين ، ٨/٢ ، المطبعة الكاستليه بالقاهرة ، طبعة سنة ١٢٨٠هـ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

هذا عن القصاص ، أما تقادم دعوى السرقة فقد سبق أن ذكرنا أيضا أن الحنفية يسقطون القطع بهذه الدعوى ويوجبون بها المال، وتبعا للفرمان العثماني السابق فإن متأخري الحنفية لم يضمنوا بها المال أيضا . ومع صحة هذا الأمر المتأخر فإنه ينبغي أن يكون في إطار القيود الواردة في القصاص .

وأخيرا ، فإن تقـادم دعوى القذف قد وافق فيه الحنفية الجمهور ، حيث ذهبوا إلى وجوب سماعها ، ومن أدلتهم في ذلك ما أورده الكاساني ، يقـول : '' المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسـه ودعوى القذف ، فلا يتهم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه ''[1] .

ولا يخفى أن هذا الدليل نفسه يشهد لنقيض ما أراده الكاساني ، أي يشهد لصحة ما ذهب إليه المتأخرون من رفض هذه الدعوى تبعا للفرمان العثماني ؛ إذ إن التهمة يكون نصيبها أوفر في المدعي الذي وجبت عليه الشكوى ـ على فرض التسـليم بهذا الوجوب ـ دون المدعي المخـير في شكواه ، ولكـن مع مراعاة أن يقيد هذا الرفض أيضا بالقيود المذكورة في القصاص .

وبعـد ، فإذا كنا قد ذكرنا في تأسيس تقادم المعاملات في الباب الأول ، أن السلطة القضائية يقع عليهـا العبء الأكبر في التحقق من صحة البينـة المتقادمة ، وأن الهيئة التشريعية قد حددت للدعوى آجالا لا تقبـل بعدها تفاديا لهذا الحرج ، وأن هـذه الآجال لن تضر بالمدعي ولا المدعى عليه ، فإن ما قدمناه هنـا من ضوابط قبول البينـة والدعوى المتقادمة ، سـواء في الشهادة الحسبية ، أو الشهادة بحق آدمي ، أو دعوى صاحب الحق ، إذا وجدت الهيئـة القضائية أن تطبيق هذه الضوابط سيوقعها في حرج شديد ، فإن للهيئة التشريعية أن تحدد آجالا لقبول مثل هذه الشهادات والدعاوى ، بما لا يسبب ضررا أيضا لكل من الشاهد والمدعي والمدعى عليه ، تحقيقا للعدل ما أمكن .

---

(١) البدائع ٤٧/٧ .

المبحث الثالث
أحكام التقادم الجنائي في القانون

نصت المادة (١٥ ـ إجراءات) على أن الدعوى الجنائية تنقضي في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقـوع الجريمة ، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين ، وفي مواد المخالفات بمضي سنة ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

كما نصت المادة (٥٢٨) على أن العقوبة المحكوم بها في جناية تسقط بمضي عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الإعدام فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة ، وتسقط العقوبة المحكوم بهـا في جنحة بمضي خمس سنين ، وتسقط العقوبة المحكوم بها في مخالفة بمضي سنتين .

والملاحظ هنا أن قانون الإجراءات الجنائيـة جعل مدة انقضاء الدعوى الجنائية أقصر من المدة المحددة لسقوط العقوبة ، وعلة هذا هو أن حكم الإدانة أعمق أثرا من مجرد الاتهام الذي يصاحب الجريمة عند وقوعها ، فيبقى في أذهان الجمهور مـدة أطول[١] . كما يذكر الشيخ أبو زهرة أن في تقدير إسقاط عقوبة الإعدام بمضي ثلاثين عاما معنى جيـدا ، إذ بذلك يكـون النسيان التـام بذهـاب الجيل الذي حدثت فيه الجريمة غالبا ، فيكون قد نسي القاتل والمقتول عند الناس ، وإن كـان غيظ أهله وأسرته لا يذهب في كثير من الأحوال ، بل يكون الألم مذكرا دائما[٢] .

أما قانون الأحكـام العسكرية فقد نص البنـد (٤٣) على أنه لا تجـوز محاكمة أي شخص على جناية بعـد مضي ثلاث سنوات على تاريخ ارتكابها ، وإذا خرج المرتكب عن سلطة الأحكام العسكرية تجب محاكمته في خلال الثلاثة

---

(١) أحكام التقادم ، د. عبد الحميد الشواربي ، أسامة عثمان ، ص ٥٠٤ وانظر في بقيـة أحكـام التقادم الشروح والتعاليق على قانون الإجراءات .

(٢) الجريمـة ص ٩٩ .

أشهر التي تلي خروجه عن تلك السلطة . والشخص الذي يرفت أو يطرد من خدمة الجيش ويكون محكوما عليه بالليمان أو السـجن ، يبقى خاضعا للأحكام العسـكرية إلى انتهـاء مدة حكمه . وتستثنى مما تقدم الحالتان الآتيتان وهما : الفتنة والفرار . فتجوز المحاكمة عليها في أي وقت[1] .

وإذا كان لنا أن نقارن بين الفقه الإسلامي والقانون في شأن أحكام تقادم الجرائم والعقوبات ، فإننا نلاحظ بداية وجه التشـابه بينهما ، الذي يتمثل في أن كلا منهما جعل من مرور الزمان سـببا لرفع العقاب عن الجاني ، وإن اختلفا في طريق تحصيل ذلك .

كما نلاحظ التشـابه بينهما في أن التقـادم قد شمل كلا من الجريمـة والعقوبة ، فعلى الرغم من عدم سلامة تقادم العقوبة - وبعض تقادم الجريمة - في الفقه الإسلامي من النقد السابق عرضه ، فإنه لا يمكن نفيه عن القائلين به .

كذلك نلاحظ التشـابه بينهما في أن تقـادم الجريمة أو العقوبة قد شمل الشهادة والإقرار ، تقادم الإقرار بالجريمة تبعا لرأي ابن أبي ليلى وزفر[2] ، وعدم تقـادم الإقرار بالعقوبة تبعـا لرأي الجمهور ومنهم الحنفية ، أما تقـادم الشهادة بالجريمة أو العقوبة فتبعا لرأي الحنفية .

وأخيرا نلاحظ التشـابه بينهما أيضا ، في أنهما لم يجعلا من عدم عقاب الجاني دليلا على إباحة ما ارتكبه ، وإنما يظـل الفعل - إذا تكرر - مستحقا للعقوبة إذا سلمت مما يعطلها .

ومع هـذا التشابه بين النظامين فهناك بعض الاختلاف والتمايز بينهما ، والمتمثل في أن الأخذ بنظـام تقادم الجريمة في الفقه الإسلامي لا يسقط معه الحق ، وإنمـا هو طعن في دليل إثباته ، أي عدم سماع الشهادة أو الدعوى به

---

(١) عن (انقضاء سلطة العقاب بالتقادم) ص ١٠٧ .

(٢) وتبعا لرأي الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف في جريمة الشرب خاصة .

فحسب، بمعنى أنه لو عرض على القضاء بدليل غير مطعون في صحته ، لحكم فيه بما يقتضيه الأمر ، وهذا ما لا نجد صداه في القانون ؛ إذ إنه يسقط الجريمة ـ وكذا العقوبة ـ كلية ، ولا يترتب عليها أي أثر ، حتى إن لم يطعن في دليل إثباتها . وفي هذا مخالفة صريحة لمبادئ الفقه الإسلامي .

كما نلاحظ أن المدة في الفقه الإسلامي أقصر منها في القانون ، ويعلل الشيخ أبو زهرة ذلك بأن الجرائم التي يمنع التقادم فيها سماع الدعوى أو الشهادة فيها في الشريعة جرائم محدودة ، تتعلق كلها بالنظام العام ، وقد استثناها الفقهاء الذين استثنوها لما فيهـا من شدة واضحة ، أو لأنها تسقط بالشبهات ، ولخلوها عن حقوق العباد التي تجب صيانتها . أما القانون فلأنه عمم السقوط بالتقادم أطال المدد وجعلها تابعة لمقدار الجريمة ، فالأشد مدة التقـادم فيه أطول ، وما دونه مدة التقادم فيه أقل ، فكان سائرا مع منطقه[1] .

ولهذا السبب أيضـا لم يفرق الحنفية بين مدد الجرائم ، فيما عدا الشرب في رأي الشيخين . كذلك لم يفـرق الحنفية بين مدة تقادم الجريمة ومدة تقادم العقوبة، في حين جعل القانون مدة تقادم العقوبة أطـول من الجريمة لما ذكرناه في صدر هذا المبحث .

---

(١) الجريمـة ص ٩٨ ، ٩٩ .

خاتمة الدراسـة

حاولت هذه الدراسـة أن تتكامل مع الدراسات السـابقة عليها في تقديم كلمة الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة في أحكام التقادم ، كما حاولت تصويب ـ زعمت ـ بعض ما ورد بها من آراء .

ففي تعريف التقـادم ناقش البحث ما سبقه من تعاريف ، لينتهي إلى أن للتقادم تعريفين ، عاما وخاصا ، العام هو '' تغير الأحكام بمرور الأزمان '' ، والخاص هو '' مضي مدة محددة قضاء على إمكان إقامة الدعوى التي تسقط به دون الحق مع إنكاره '' .

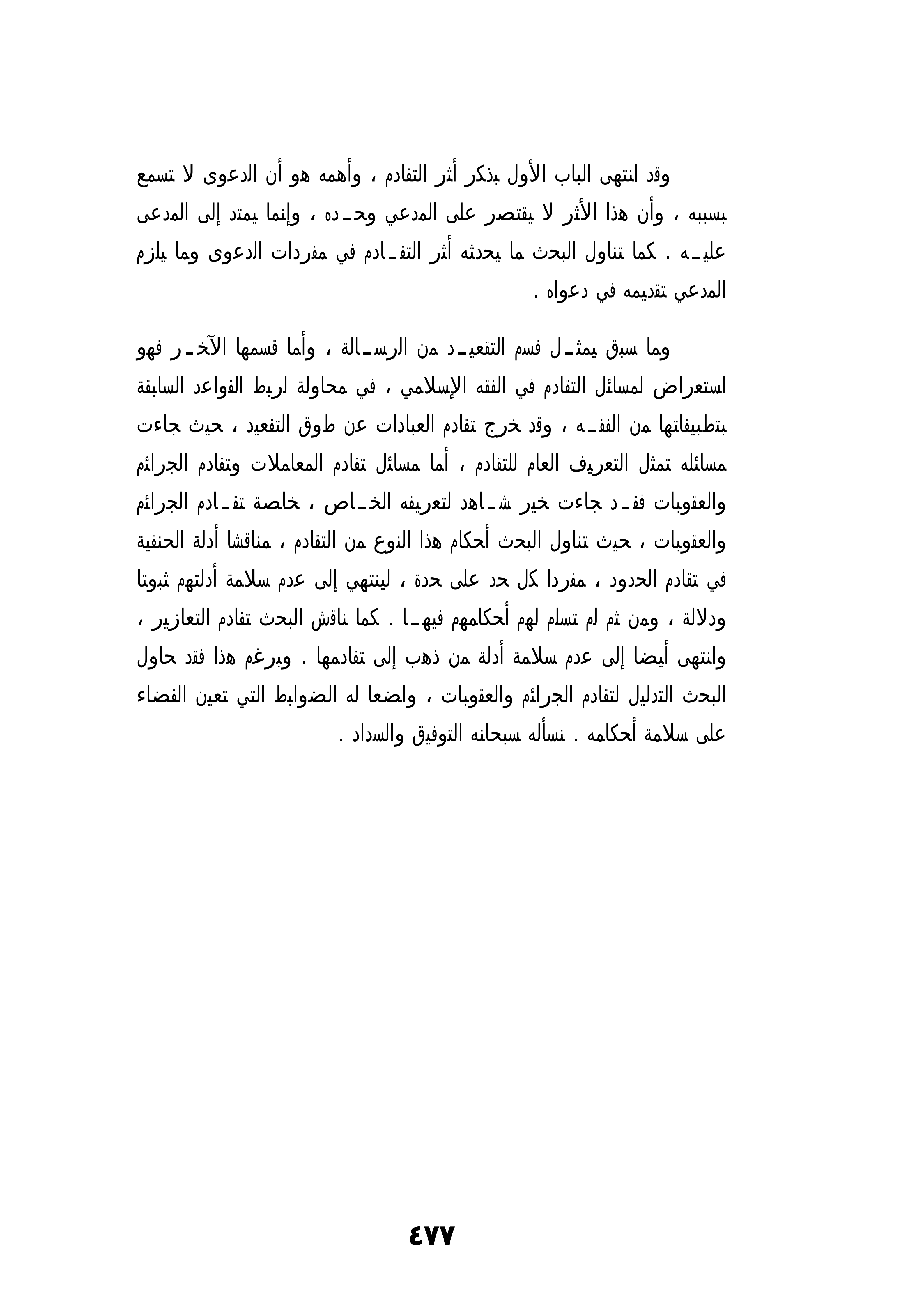
وفي طبيعة التقـادم أبان عن خطـأ من نسب إلى بعض الفقه الإسلامي القول بأن التقـادم يكسب الحق أو يسقطه ، وانتهى إلى أنه قرينـة فحسب على الملك دون أن يكون سببا له ، وأنه قرينة أيضا فحسب على سداد الدين ، بحيث يجب أداؤه إذا ثبت شغل ذمة المدعى عليه به .

كما عرض البحث الأسس والأسانيد التي يقوم عليها التقادم ، موضحا ومناقشا إياها ومضيفا إليها ، ليخلص إلى جعل تهمة المدعي محورا لها .

وتناول البحث كذلك نطـاق التقادم ، لينتهي إلى أن دائرة تقـادم الديون ـ بما يحويه من تقادم الجرائم والعقوبات ـ أوسع من دائرة الحيازة .

ثم عرض البحث مدة التقادم ، وانتهى إلى تصويب قول من جعل تحديد مدد التقادم إنما يرجع إلى ولي الأمر ، حيث يقع عليه ومن يمثله العبء الأكبر في التحقق من بينة المدعي ، الأمر الذي يسوغ له تحديد أجل لقبول سماع هذه البينة .

وتناول البحث تعريف وقف التقـادم ، ثم عرض أسباب هـذا الوقف ، وانتهى إلى عدم حصر هذه الأسباب وما تحدثه من أثر ، بعكس أسباب الانقطاع التي ذكرت على سبيل الحصر .



وقد انتهى الباب الأول بذكر أثر التقادم ، وأهمه هو أن الدعوى لا تسمع بسببه ، وأن هذا الأثر لا يقتصر على المدعي وحـده ، وإنما يمتد إلى المدعى عليـه . كما تناول البحث ما يحدثه أثر التقـادم في مفردات الدعوى وما يلزم المدعي تقديمه في دعواه .

وما سبق يمثـل قسم التقعيـد من الرسـالة ، وأما قسمها الآخـر فهو استعراض لمسائل التقادم في الفقه الإسلامي ، في محاولة لربط القواعد السابقة بتطبيقاتها من الفقـه ، وقد خرج تقادم العبادات عن طوق التقعيد ، حيث جاءت مسائله تمثل التعريف العام للتقادم ، أما مسائل تقادم المعاملات وتقادم الجرائم والعقوبات فقـد جاءت خير شـاهد لتعريفه الخـاص ، خاصة تقـادم الجرائم والعقوبات ، حيث تناول البحث أحكام هذا النوع من التقادم ، مناقشا أدلة الحنفية في تقادم الحدود ، مفردا كل حد على حدة ، لينتهي إلى عدم سلامة أدلتهم ثبوتا ودلالة ، ومن ثم لم تسلم لهم أحكامهم فيهـا . كما ناقش البحث تقادم التعازير ، وانتهى أيضا إلى عدم سلامة أدلة من ذهب إلى تقادمها . وبرغم هذا فقد حاول البحث التدليل لتقادم الجرائم والعقوبات ، واضعا له الضوابط التي تعين القضاء على سلامة أحكامه . نسأله سبحانه التوفيق والسداد .

مصـــادر الدراســـة

التفسـير :

١ ـ أحكام القرآن ، للشيخ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، مراجعة صدقي محمد جميل ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، طبعة سنة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م .

٢ ـ أحكام القرآن ، للإمام ابن العربي محمد بن عبد ا الأندلسـي ، دار الفكر ـ بيروت ، طبعة أولى بدون تاريخ .

٣ ـ أضواء البيان في إيضـاح القرآن بالقرآن ، للشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي ، ط سنة ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م ، طبعة السلفيين بالإسكندرية .

٤ ـ تفسير القرطبي ، للإمام أبي عبد ا محمـد بن أحمد الأنصـاري القرطبي ، طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ .

٥ ـ تفسير ابن كثير، للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، ط سنة ١٤٠١هـ ١٩٨١م ، دار الفكر ـ بيروت .

٦ ـ زاد المسير في علم التفسير ، للإمام ابن الجـوزي عبد الرحمن بن علي بن محمد ، ط الثالثة سنة ١٤٠٤هـ ، المكتب الإسلامي ـ بيروت .

السـنة وعلومها :

٧ ـ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، للإمام تقي الدين محمد بن علي (ابن دقيق العيد)، نشر مطبعة السنة المحمدية ، بدون تاريخ .

٨ ـ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السـبيل ، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، ط الثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، المكتب الإسلامي ـ بيروت / دمشق .

٩ ـ الاستذكار الجامع لمذاهب الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد ا بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي ، تحقيق د. عبد المعطي أمين قلعجي ، ط الأولى .

١٠ ـ تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي ، للشيخ أبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ .

١١ ـ التحقيق في أحاديث الخلاف ، للإمام أبي الفرج عبد الرحمـن بن علي بن محمـد بن الجوزي ، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السـعدني ، ط أولى ١٤١٥ هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٢ ـ تقريب التهذيب ، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجـر العسقلاني ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ط ثانية ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م ، دار المعرفة ـ بيروت .

١٣ ـ التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، اعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب ، طبعة مؤسسة قرطبة، طبعة سنة ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م .

١٤ ـ التمهيد ، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد ا بن عبد البر النمري الأندلسي ، تحقيق بعض المتخصصين ، طبعة وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب .

١٥ـ تهذيب الآثار ، للإمام أبي جعفر بن جرير الطبري ، مسند علي بن أبي طالب رضي ا عنه ، تحقيق الشيخ محمود محمد شاكر ، مطبعة المدني ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

١٦ـ تهذيب التهذيب ، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ط أولى ١٣٢٧ هـ ، طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ـ حيدر آباد الدكن ـ الهند .

١٧ـ تهذيب الكمال في أسـماء الرجال ، للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسـف المزي ، تحقيق د. بشارعواد ، ط أولى ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

١٨ـ الثقات ، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي ، تحقيق السيد شرف الدين أحمد ، دار الفكر ، طبعة أولى ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م .

١٩ـ جامع التحصيل في أحكام المراسيل ، للحافظ صلاح الدين أبي سعيد خليل بن كيكلدي العلائي ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ط أولى ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ، مطبوعات وزارة الأوقاف العراقية .

٢٠ـ خلاصة البدر المنير تخريج أحاديث الشـرح الكبير ، للحافظ عمـر بن علي بن الملقن الأنصاري ، تحقيق حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي ، ط الأولى سنة ١٤١٠هـ ، مكتبة الرشد ـ الرياض .

٢١ـ الدراية في تخريج أحاديث الهداية، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق السيد عبد ا هاشم اليماني المدني، دار المعرفة ـ بيروت ، بدون تاريخ.

٢٢ـ سنن أبي داود ، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، تحقيق الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

٢٣ـ سنن الترمذي ، للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي ، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر وآخرون ، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ، بدون تاريخ .

٢٤ـ سنن الدارقطني ، للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي ، تحقيق السيد عبد ا هاشم يماني المدني ، ط سنة ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م ، دار المعرفة ـ بيروت .

٢٥ـ سنن الدارمي ، للإمام أبي محمد عبد ا بن عبد الرحمن الدارمي ، تحقيق فواز أحمد زمرلي ـ خالد السبع العلمي ، ط الأولى ١٤٠٧ هـ ، دار الكتاب العربي ـ بيروت .

٢٦ـ السنن الكبرى ، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، وفي ذيل الكتاب الجوهر النقي لابن التركماني ، ط أولى ١٣٥٤هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن ـ الهند .

٢٧ـ سنن النسائي (المجتبى) ، للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، تحقيق عبد الفتاح أبي غدة ، ط الثانية ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م ، مكتب المطبوعات الإسلامية ـ حلب .

٢٨ـ شرح علل الترمذي ، للحافظ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، تحقيق د. نور الدين عتر ، ط أولى ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ، دار الملاح للطباعة والنشر .

٢٩ـ شرح النووي على صحيح مسلم ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ط الثانية ١٣٩٢هـ ، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت .

٣٠ـ صحيح البخاري ، لإمام أهل الحديث محمد بن إسماعيل البخاري ، طبعة الشعب ، بدون تاريخ .

٣١ـ صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط دار إحياء الكتب العربية ـ الحلبي ، بدون تاريخ .

٣٢ـ ضعيف الجـامع الصغير ، الجـامع للإمام السيوطي والتصحيح والتضعيف للشيخ الألباني ، ط الثانية ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م ، المكتب الإسلامي ـ بيروت/ دمشق .

٣٣ـ العلل المتناهية ، للإمام عبد الرحمن بن علي بن الجـوزي ، تحقيق خليل الميس ، ط الأولى ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٣٤ـ عون المعبود شرح سنن أبي داود، للشيخ أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط الثانية سنة ١٤١٥هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٣٥ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري ، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ط الأولى ١٣٨٠هـ ، السلفية .

٣٦ـ كشف الخفاء ومزيل الإلباس ، لإسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي ، تحقيق أحمد القلاش ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٣٧ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، للحافظ نورالدين علي بن أبي بكـر الهيثمي ، ط الثانية ١٩٦٧م ، نشر دار الكتاب ـ بيروت .

٣٨ـ المراسيل ، للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، صاحب السنن ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، ط أولى ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٣٩ـ المستدرك على الصحيحين ، للحافظ أبي عبد ا الحاكم النيسابوري ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي ، دار المعرفة ـ بيروت ، بدون تاريخ .

٤٠ـ المسـند ، للحافظ أبي بكر بن الزبير الحميدي ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، بدون تاريخ .

٤١ـ المسند ، للإمام أحمد بن حنبل ، أسطوانة صخر في الكتب التسعة .

٤٢ـ مسند أبي عوانة ، للحافظ أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفراييني ، دار المعرفة ـ بيروت ، بدون تاريخ .

٤٣ـ مسند الشافعي ، للإمام أبي عبد ا محمد بن إدريس الشافعي ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ .

٤٤ـ المصنف ، للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، ط أولى ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م ، من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقية .

٤٥ـ المصنف في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد ا بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان، والمعروف بأبي بكر بن أبي شيبة، تحقيق مختار أحمد الندوي ، ط أولى ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م ، مطبوعات الدار السلفية بالهند .

٤٦ـ المنتقى شرح الموطأ ، للإمام سليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .

٤٧ـ الموطأ ، للإمام مالك بن أنس ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، الحلبي . بدون تاريخ .

٤٨ـ نصب الراية لأحاديث الهداية ، للحافظ جمال الدين أبي محمد عبد ا بن يوسف الحنفي الزيلعي ومعه حاشية بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ، من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقية ، بدون تاريخ .

٤٩ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للإمام محمد بن علي الشوكاني ، دار التراث ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

الفقـه الحنفـي :

٥٠ـ الاختيار في تعليل المختار ، للشيخ عبد ا بن محمود بن مودود الموصلي ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، مطبعة صبيح ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

٥١ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للشيخ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم ، ط ثانية، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر ، بدون تاريخ .

٥٢ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، ط الثانية ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م ، دار الكتاب العربي ـ بيروت .

٥٣ـ بداية المبتدي ، للشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، مطبوع مع الهداية وفتح القدير ط الأولى ١٣١٦ هـ ، المطبعة الأميرية ـ مصر .

٥٤ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للشيخ أبي محمد عثمان بن علي الزيلعي ، ط الأولى ١٣١٣هـ المطبعة الأميرية ، مصر .

٥٥ـ تحفة الفقهاء ، للشيخ محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، ط الأولى سنة ١٤٠٥هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٥٦ـ تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين ، وتسمى أيضا بالتحرير المختار ، للشيخ عبد القادر الرافعي ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ ، نسخة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر .

٥٧ـ تنوير الأبصار ، للشيخ محمد بن عبد ا بن أحمد الغزي التمرتاشي ـ ومعه شرحه الدر المختار ـ بهامش رد المحتار على الدر المختار ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ ، نسخة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر .

٥٨ـ الجامع الصغير ، للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ومعه شرحه النافع الكبير لأبي الحسنات عبد الحي اللكنوي ، طبعة أولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م ، عالم الكتب ـ بيروت .

٥٩ـ حاشية ابن عابدين (رد المحتار) على الدر المختار ، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عابدين ، راجع تنوير الأبصار .

٦٠ـ حاشية سعدي جلبي على العناية والهداية ، للشيخ سعد ا بن عيسى الشهير بسعدي جلبي وسعدي أفندي ، مطبوع أسفل العناية على هامش الهداية وفتح القدير ، ط أولى ١٣١٦هـ ، المطبعة الأميرية ـ مصر .

٦١ـ حاشية الشُرنْبلالي على درر الحكام، للشيخ أبي الإخلاص حسن بن عمار بن علي الوفائي الشرنبلالي ، ودرر الحكام للشيخ محمد بن فرموزا (منلا خُسرو) ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .

٦٢ ـ حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الجلبي على تبيين الحقـائق ، للشيخ شهاب الدين أحمد الجلبي ، مطبوع على هامش تبيين الحقائق ، ط أولى ١٣١٣ هـ ، المطبعة الأميرية ـ مصر .

٦٣ ـ حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح، للشيخ أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، ط الثالثة سنة ١٣١٨ هـ ، مكتبة البابي الحلبي ـ القاهرة .

٦٤ ـ الحجة على أهل المدينة ، للإمام أبي عبد ا محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري ، ط ثالثة ١٤٠٣ هـ ، عالم الكتب ـ بيروت .

٦٥ ـ درر الحكام شرح غرر الأحكام ، للشيخ منلا خُسرو . راجع حاشية الشرنبلالي .

٦٦ ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار بهامش رد المحتار ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بالحصكفي ، راجع تنوير الأبصار .

٦٧ ـ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية . للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، ط ١٢٨٠ هـ ، المطبعة الكاستليه ـ القاهرة .

٦٨ ـ العناية على الهداية ، للشيخ محمد بن محمود البابرتي ، مطبوع على هامش الهداية وفتح القدير، ط أولى ١٣١٦ هـ ، المطبعة الأميرية ـ مصر . وطبعة أخرى هي طبعـة دار الفكر .

٦٩ ـ الفتاوى الهندية ، لجنة من علماء الحنفية برئاسة نظام الدين البلخي، طبعة سنة ١٤١١هـ ١٩٩١م ، دار صادر ـ بيروت .

٧٠ ـ فتح القدير على متن الهداية ، للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، راجع العناية على الهداية .

٧١ ـ الفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب ، للشيخ مجد الدين أبي الفتح الحنفي ، المعروف بالأستروشني ، مخطوط [٩٥٠ مجاميع] بمكتبة بخيت بالأزهر ، رقم ٤٦١٠٣ ، مستفاد من المخطوط بواسطة كتاب التعزير للدكتور عبد العزيز عامر .

٧٢ ـ كنز الدقائق ، للشيخ النسفي ، مطبوع بهامش البحر الرائق لابن نجيم ، راجع البحر الرائق .

٧٣ ـ اللباب في شرح الكتاب ، للشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، ١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٣م ، مطبعة المدني ـ القاهرة .

٧٤ ـ المبسوط ، للشيخ أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السـرخسي ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م ، دار المعرفة ـ بيروت .

٧٥ ـ المبسوط ، للإمام أبي عبد ا محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق أبي الوفا الأفغاني ، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ـ كراتشي .

٧٦ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده المعروف بداماد أفندي ، وملتقى الأبحر للشيخ إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بدون تاريخ .

٧٧ ـ مختصر الطحاوي ، للشيخ أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، علق عليه أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ حيدر آباد الدكن ـ الهند ، بدون تاريخ .

٧٨ ـ منحة الخالق على البحر الرائق ، للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، مطبوع مع البحر الرائق ، راجع البحر الرائق .

٧٩ ـ الهداية ، للشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، راجع العناية على الهداية.

الفقـه المالكـي :

٨٠ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للشيخ محمد بن أحمد بن رشد الحفيد ، طبعة سادسة ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م ، دار المعرفة ـ بيروت .

٨١ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، للشيخ أحمد ابن محمد الصاوي ، والشـرح الصغير للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م ، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة .

٨٢ ـ البهجة في شرح التحفة ، للشيخ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، والتحفة هي تحفة الحكام للشيخ ابن عاصم الأندلسي ، ط ثانية ١٣٧٠هـ ـ ١٩٥١م ، دار الفكر. وعلى هامشها حلي المعاصم ، للشيخ أبي عبد ا محمد التاودي ، وهو شرح آخر للتحفة .

٨٣ ـ البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل ، للإمام محمد بن أحمد بن رشد الجد ، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت .

٨٤ ـ التاج والإكليل لمختصر خليل ، للشـيخ أبي عبد ا محمـد بن يوسف بن أبي القاسـم العبدري الشـهير بالمواق ، على هامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطـاب ، ط ثالثة ١٤١٢هـ ـ١٩٩٢م ، دار الفكر . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية .

٨٥ ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، للشيخ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري . وبهامشه العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، لابن سلمون الكناني ، ط أولى ١٣٠١هـ ، المطبعة الشرفية ـ مصر.

٨٦ ـ التلقين ، للشيخ أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني ، ط الأولى سنة ١٤١٥ هـ ، المكتبة التجارية ـ مكة المكرمة .

٨٧ ـ حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، وبهامشه حاشية كنون على الرهوني ، ط أولى ١٣٠٦هـ ، المطبعة الأميرية ـ مصر .

٨٨ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للشيخ محمد عرفة الدسوقي ، طبعة الحلبي ، بدون تاريخ .

٨٩ ـ حاشية الصاوي ، راجع بلغة السالك .

٩٠ ـ حاشية الشيخ علي العدوي على الخرشي على خليل ، للشيخ علي بن أحمد بن مكرم المصري العدوي ، دار صادر ـ بيروت ، بدون تاريخ .

٩١ ـ حاشية كنون ، راجع حاشية الرهوني .

٩٢ ـ حاشية محمد البناني على مختصر خليل ، وتسمى بالفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، على هامش شرح الزرقاني على خليل ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

٩٣ ـ حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، للتاودي ، راجع البهجة في شرح التحفة .

٩٤ ـ الخرشي على مختصر سيدي خليل (فتح الجليل على مختصر خليل) ، للشيخ أبي عبد ا محمد بن عبد ا الخرشي ، راجع حاشية الشيخ علي العدوي .

٩٥ـ شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، للشيخ عبد الله الزرقاني ، راجع حاشية محمد البناني .

٩٦ـ الشرح الكبير ، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ، راجع حاشية الدسوقي .

٩٧ـ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (فتاوى عليش) ، للشيخ محمد أحمد عليش ، على هامش تبصرة ابن فرحـون ، الطبعـة الأخيرة ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م ، مصطفى الحلبي ـ القاهرة .

٩٨ـ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي ، طبعة دار الفكر ، بدون تاريخ .

٩٩ـ القوانين الفقهية ، للشيخ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، بدون تاريخ .

١٠٠ـ الكافي في فقه أهل المدينة ، للشيخ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر الأندلسي ، ط الأولى سنة ١٤٠٧هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٠١ـ المدخل ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن محمد العبدري الفاسي المعروف بابن الحاج ، دار التراث ، بدون تاريخ .

١٠٢ـ المدونة الكبرى لإمام المذهب الإمام مالك ، ومعها مقدمات ابن رشد الجد ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

١٠٣ـ المقدمات الممهدات ، للإمام محمد بن أحمد بن رشد الجد ، تحقيق د. محمد حجي ، ط أولى ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م ، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت .

١٠٤ـ منح الجليل شرح مختصر خليل ، للشيخ محمد بن أحمد بن محمد (عليش) ، دار الفكر، طبعة سنة ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

١٠٥ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، المعروف بالحطاب ، راجع التاج والإكليل .

الفقـه الشافعي :

١٠٦ـ أدب القضاء ، للشيخ شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي ، المعروف بابن أبي الدم الشافعي ، تحقيق د. محيي هلال السرحان ، ط الأولى ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م ، مطبعة الإرشاد ـ بغداد ، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الدينية .

١٠٧ـ أسنى المطالب شرح روض الطالب ، للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري ، الطبعة الأولى بدون تاريخ ، المطبعة الميمنية .

١٠٨ـ الأم ، لإمام المذهب الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، طبعة دار المعرفة ، بدون تاريخ .

١٠٩ـ حاشية الجمل (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) ، للشيخ سليمان بن منصور العجيلي المصري (الجمل) ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

١١٠ـ حاشية ابن قاسم على شرح البهجة ، للشيخ شهاب الدين أحمد بن قاسم الصباغ العبادي المصري الشهير بابن قاسـم ، وشرح البهجة هو الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري ، والبهجة الوردية للشيخ أبي حفص زين الدين عمر بن مظفر بن عمر بن محمد بن أبي الفوارس الوردي ، المطبعة الميمنية ، بدون تاريخ .

١١١ـ حاشية قليوبي على شرح جـلال الدين المحلي على المنهاج ـ ومعه حاشية عميرة على الشرح المذكور ـ طبعة صبيح ١٣٦٨هـ .

١١٢ـ روضة الطالبين ، للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ط الثانية سنة ١٤٠٥هـ ، المكتب الإسلامي ـ بيروت .

١١٣ـ شرح البهجة ، راجع حاشية ابن قاسم .

١١٤ـ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، راجع حاشية ابن قاسم .

١١٥ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، ط الأولى سنة ١٤١٨هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١١٦ـ المجموع شرح المهذب ، للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، والمهذب للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المطبعة المنيرية ، بدون تاريخ .

١١٧ـ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، تحقيق علي محمد معوض ـ عادل أحمـد عبد الموجود ، الطبعـة الأولى ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤ م ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١١٨ـ المنهاج ، وعلى هامشـه زاد المحتاج ، للشيخ أبي زكريا بن يحيى النووي ، ط ثانية ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ـ قطر .

الفقـه الحنبلي :

١١٩ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، للشيخ أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط الأولى ١٣٧٧هـ ـ١٩٥٧م ، مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة .

١٢٠ـ شرح منتهى الإرادات ، للشيخ منصور بن يونس البهوتي ، عالم الكتب ، بدون تاريخ .

١٢١ـ الفروع ، للشيخ أبي عبد ا محمد بن مفلح المقدسي ، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، ط الأولى سنة ١٤١٨هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

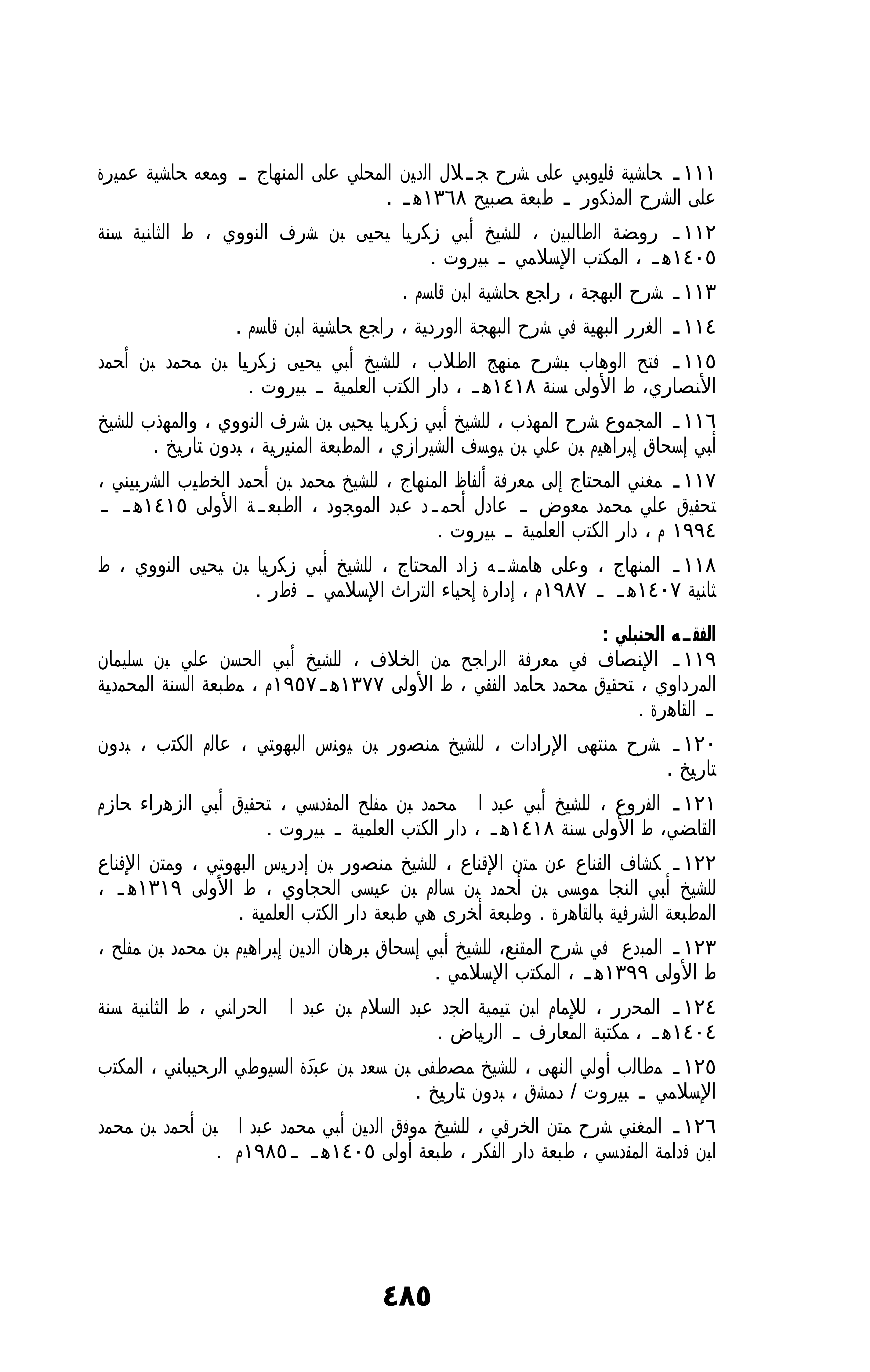
١٢٢ـ كشاف القناع عن متن الإقناع ، للشيخ منصور بن إدريس البهوتي ، ومتن الإقناع للشيخ أبي النجا موسى بن أحمد بن سالم بن عيسى الحجاوي ، ط الأولى ١٣١٩هـ ، المطبعة الشرفية بالقاهرة . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية .

١٢٣ـ المبدع في شرح المقنع، للشيخ أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح ، ط الأولى ١٣٩٩هـ ، المكتب الإسلامي .

١٢٤ـ المحرر ، للإمام ابن تيمية الجد عبد السلام بن عبد ا الحراني ، ط الثانية سنة ١٤٠٤هـ ، مكتبة المعارف ـ الرياض .

١٢٥ـ مطالب أولي النهى ، للشيخ مصطفى بن سعد بن عبدَة السيوطي الرحيباني ، المكتب الإسلامي ـ بيروت / دمشق ، بدون تاريخ .

١٢٦ـ المغني شرح متن الخرقي ، للشيخ موفق الدين أبي محمد عبد ا بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي ، طبعة دار الفكر ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ ـ١٩٨٥م .



الفقـه الظاهري :

١٢٧ـ المحلى ، للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تحقيق الشيخ أحمد شاكر، والشيخ منير الدمشقي ، قام بتصحيحها زيدان أبو المكارم حسن ، حسن زيدان طلبة ، طبعة ١٣٨٧هـ إلى ١٣٩٢هـ ، مكتبة الجمهورية ـ القاهرة . وطبعة أخرى نشر دار الكتب العلمية ، تحقيق ذو الفقار سليمان البنداري ، بدون تاريخ ولا طبعة .

الفقـه الإباضي :

١٢٨ـ شرح النيل ، للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ، و(النيل وشفاء العليل) للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني ، ط الثالثة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، مكتبة الإرشاد ـ جدة .

١٢٩ـ منهج الطـالبين وبلاغ الراغبين ، للشيخ خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاقي ، تحقيق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي ، الحلبي ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

الفقـه الزيدي :

١٣٠ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للشـيخ أحمد بن يحيى بن المرتضى ، وبهامشه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ، للشيخ محمد بن يحيى بهران الصعدي ، ط الأولى ١٣٦٨هـ ، مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتاب الإسلامي ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

١٣١ـ التاج المذهب لأحكام المذهب ، شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ، للشيخ أحمد بن قاسم اليماني ، ط الأولى ١٣٦٦هـ ، دار إحيـاء الكتب العربية . وطبعة أخرى نشر مكتبة اليمن ، بدون تاريخ .

١٣٢ـ السيل الجرار ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، ط الأولى ١٤٠٥هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

فقـه الإمامية :

١٣٣ـ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، للشيخ زين الدين بن علي العاملي الجبعي، دار العالم الإسلامي ـ بيروت ، بدون تاريخ .

١٣٤ـ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، للشيخ أبي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الحلي ، ط سنة ١٣٧٧هـ ، المكتبة العلمية الإسلامية ـ طهران . وطبعة أخرى هي طبعة دار الأضواء ـ بيروت ، ط الثانية ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

١٣٥ـ قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ، للشيخ حسن بن يوسف بن مطهر الحلي، طبعة سنة ١٣٣٩هـ .

الفقـه العـام :

١٣٦ـ الإجمـاع ، للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد ، ط الثالثة ١٤٠٢هـ ، دار الدعوة ـ الإسكندرية .

١٣٧ـ الأحكام السلطانية ، للشيخ علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ .

١٣٨ـ الأدلة الرضية ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق محمد صبحي الحلاق، ط الأولى سنة ١٤١٣هـ ، دار الندى ـ بيروت .

١٣٩ـ الإشراف على مذاهب أهل العلم ، للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق محمد نجيب سراج الدين ، ط الأولى ١٤٠٦هـ ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ـ قطر .

١٤٠ـ الأوسط ، للإمام ابن المنذر أيضا ، تحقيق د. صغير أحمد محمد حنيف ، ط الأولى سنة ١٤٠٥ هـ ، دار طيبة ـ الرياض .

١٤١ـ حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، للشيخ محمد بن أحمد الشاشي القفال ، تحقيق د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، ط الأولى سنة ١٤٠٠هـ ، مؤسسة الرسالة / دار الأرقم ـ بيروت / عمان / الأردن .

١٤٢ـ الصلاة وحكم تاركها ، للإمام محمد بن أبي بكر(ابن قيم الجوزية) ، دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع ـ الإسكندرية ، بدون تاريخ .

١٤٣ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، للإمام ابن قيم الجوزية أيضا ، تحقيق د. محمد جميل غازي ، مكتبة المدني ـ جدة ، بدون تاريخ .

١٤٤ـ الفتاوى الكبرى ، للإمام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت ، بدون تاريخ .

١٤٥ـ الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي ، ط الثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، دار الفكر بدمشق .

١٤٦ـ الموسوعة الفقهية ، نخبة من العلماء والمتخصصين ، وزارة الأوقاف والشئون الدينية الإسلامية بالكويت .

أصول الفقه والقواعد :

١٤٧ـ الإجماع بين النظرية والتطبيق ، للدكتور أحمد حمد ، ط الأولى ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٢م ، دار القلم ـ الكويت .

١٤٨ـ إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق محمد سعيد البدري ، ط الأولى سنة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م ، دار الفكر ـ بيروت .

١٤٩ـ الأشـباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٥٠ـ أصول البزدوي ، للشيخ أبي الحسن علي بن محمد بن الحسين البزدوي ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ .

١٥١ـ أصول التشريع الإسلامي، للشيخ علي حسب ا ، ط سادسة ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م، دار المثقف العربي ـ القاهرة .

١٥٢ـ أصول السرخسي ، لأبي بكر محمد بن أحمد بن السرخسي ، بدون تاريخ ولا طبعة.

١٥٣ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين ، للإمام أبي عبد ا محمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية) ، تحقيق طه عبد الرءوف سعد ، مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

١٥٤ـ التلويح على التوضيح ، وهو التلويح في كشف حقائق التنقيح ، للشيخ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، بدون تاريخ .

١٥٥ـ روضة الناظر ، لأبي محمد عبد ا بن أحمد بن قدامة المقدسي ، تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩هـ ، نشـر جامعة الإمام محمد بن سعود ـ الرياض .

١٥٦ـ القياس في الشرع الإسلامي ، للإمام أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، طبعة سنة ١٣٤٦ هـ ، المطبعة السلفية ومكتبتها ـ القاهرة .

١٥٧ـ كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، للشيخ علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ .

١٥٨ـ المعتمد ، لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ، تحقيق خليل الميس ، طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

مراجع فقهية وقانونية :

١٥٩ـ أثر مضي المدة في الالتزام ، د. عبد المنعم البدراوي ، ط سنة ١٩٥٠م ، مطبعة جامعة فؤاد الأول (القاهرة) . رسالته للدكتوراه بحقوق القاهرة .

١٦٠ـ الاجتهاد ، للشيخ محمد مصطفى المراغي ، هدية مجلة الأزهر بالقاهرة ، عدد صفر ١٤١٧هـ .

١٦١ـ أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، د. عبد الحميد الشواربي ـ أسامة عثمان ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية ، بدون تاريخ .

١٦٢ـ اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من الشهر الشخصي والشهر العيني ، د. محمد لبيب شنب ، وهو بحث مدرج بالجزء العاشر من (وثائق وأحكام) ، وهو الجزء الخاص بمجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ، والتي ألقيت في مارس ١٩٧٢م ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية ـ جامعة الدول العربية ـ سنة ١٩٧٢م ، والبحث من ص ٦٠٥ إلى ص ٦١٣ .

١٦٣ـ الأوراق التجارية في الشـريعة الإسلامية ، لأستاذنا الدكتور محمد أحمـد سراج ، طبعة سنة ١٩٨٨م ، دار الثقافة ـ القاهرة .

١٦٤ـ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، للشهيد عبد القادر عودة ، ط الثامنة ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

١٦٥ـ التعزير في الشـريعة الإسـلامية ، د. عبد العزيز عامر ، طبعة سنة١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م ، دار الكتاب العربي ـ مصر .

١٦٦ـ تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، د. سامح السيد جاد ، طبعة سنة ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م ، دار الهدى ـ القاهرة .

١٦٧ـ التقادم في المواد المدنية والتجارية ، علي أحمد حسن ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية ، بدون تاريخ .

١٦٨ـ التقادم المكسب والمسقط في القانون ، محمد أحمد عابدين ، ١٩٩٥م ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية .

١٦٩ـ تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، د. عدلي أمير خالد ، ١٩٩٢م ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية .

١٧٠ـ الجريمة في الفقه الإسلامي ، للإمام محمد أبي زهرة ، دار الفكر ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

١٧١ـ الحيازة ، د. محمد المنجي ، ط الثانية ١٩٨٥م ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية .

١٧٢ـ الحيازة والتقـادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، د. محمد عبد الجواد محمد ، طبعة سنة ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية .

١٧٣ـ دراسات في قانون السجل العيني المصري ، د. محمد لبيب شنب ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية ـ المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ـ جامعة الدول العربية ، طبعة سنة ١٩٧٤م .

١٧٤ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، للشيخ علي حيدر ، تعريب فهمي الحسيني ، ط الأولى ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م ، دار الجيل ـ بيروت .

١٧٥ـ دوام حق الملكية دراسة مقارنة ، د. عبد الرازق حسن فرج ، طبعة سنة١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١م ، بدون ناشر .

١٧٦ـ السجل العيني في التشريع المصري ، د. إبراهيم أبو النجا ، ط ١٩٧٨م ، بدون ناشر .

١٧٧ـ السرقة بين التجريم والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، د. الشافعي عبد الرحمن السيد عوض ، طبعة سنة ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ، دار الهدى ـ القاهرة .

١٧٨ـ شرح المجلة ، سليم رستم باز اللبناني ، ط ثالثة مصورة ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٧٩ـ شهر العقار وتسجيل التصرفات وموقف الشريعة من ذلك ، للشيخ علي الخفيف ، وهو بحث مدرج في (وثائق ونصوص) ص ٥٥١ : ٥٦٠ ، راجع : اكتساب الملكية بالتقادم .

١٨٠ـ طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، للشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، طبعة سنة ١٣٤٧هـ المطبعة السلفية ـ القاهرة .

١٨١ـ فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ، للإمام محمد أبي زهرة ، طبعة سنة ١٩٦٦م ، معهد الدراسات العربية العالية ـ جامعة الدول العربية ـ القاهرة .

١٨٢ـ مجلة الأحكام العدلية ، ومعها درر الحكام ، ط الأولى ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م ، دار الجيل ببيروت .

١٨٣ـ المباحث الجليلة في أحكـام المدة الطويلة ، أحمـد عفيفي بك ، طبعة سنة ١٣٠٨هـ ، المطبعة الإعلامية ـ مصر .

١٨٤ـ المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، د. مصطفى أحمد الزرقاء ، ط العاشرة ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م ، دار الفكر ـ دمشق .

١٨٥ـ منهج عمر بن الخطاب في التشـريع ، لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن ، طبعة سنة ١٩٧٠م ، دار الفكر العربي ـ القاهرة .

١٨٦ـ نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية ، د. محمد عبد الجواد محمد ، وهو بحث مدرج في (وثائق وأحكام) ص ٢٦١ : ٣٢٤ ، راجع : اكتساب الملكية بالتقادم.

١٨٧ـ نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية ، د. ياسين محمد يحيى ، طبعة سنة١٩٨٢م ، دار النهضة العربية ـ القاهرة .

١٨٨ـ الوسيط في شرح القانون المدني ، لشيخ الحقوقيين د. عبد الرزاق السنهوري .

الطبقات واللغة والمعاجم :

١٨٩ـ سير أعلام النبلاء ، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين ، ط الثالثة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

١٩٠ـ طبقـات الحنابلة ، للشيخ أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، تحقيق محمد حـامد الفقي ، دار المعرفة ـ بيروت .

١٩١ـ طبقات الشـافعية الكبرى ، للشيخ تاج الديـن بن السبكي ، تحقيق د. محمود الطناحي ، د. عبد الفتاح الحلو ، طبعة سنة ١٩٦٥م ، الحلبي ـ القاهرة .

١٩٢ـ لسان العرب ، للإمام اللغوي ابن منظور، تحقيق بعض الأساتذة ، طبعة دار المعارف ـ مصر .

١٩٣ـ مختار الصحاح ، للشيخ محمد بن أبي بكر عبد القـادر الرازي ، عني بترتيبه محمود خاطر ، دار الحديث ـ القاهرة ، بدون تاريخ .

١٩٤ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، للشيخ أحمد بن محمد بن علي المقْري الفيومي ، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي ، دار المعارف ـ مصر ، بدون تاريخ .

١٩٥ـ معجم المؤلفين ، لعمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ، بدون تاريخ .

١٩٦ـ المعجم الوسيط ، لنخبة من علماء اللغة ، إصدار مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة دار المعارف بالقاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ ، ١٩٧٢م .

١٩٧ـ النهـاية في غريب الحديث والأثر ، لابن الأثير ، تحقيق د. محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي ، طبعة سنة ١٩٦٣م ، دار إحياء الكتب العربية .

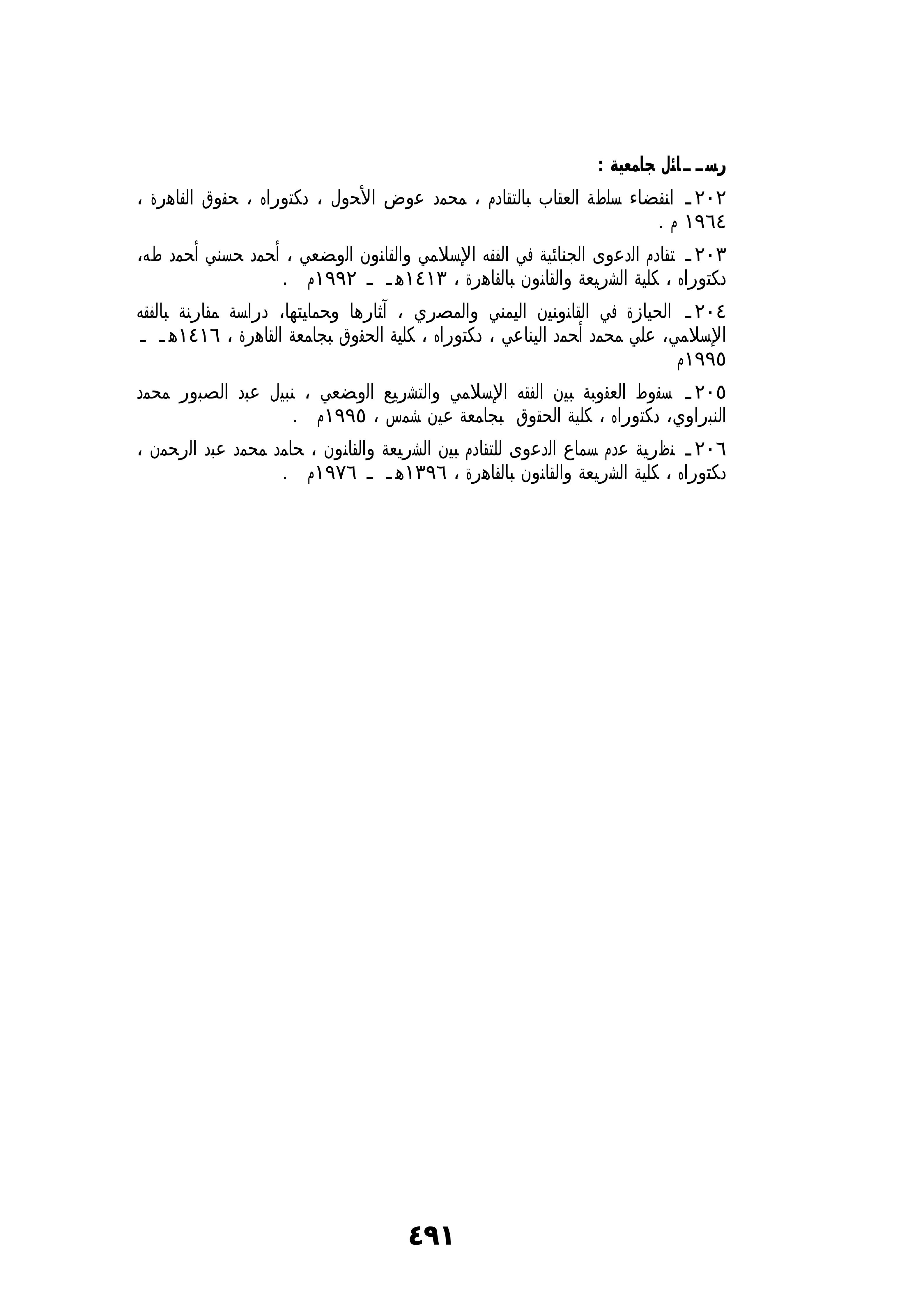
متفرقـات :

١٩٨ـ رفع الأستار لإبطال أدلة القائلين بفناء النار ، للشيخ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبعة أولى سنة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٤م، المكتب الإسلامي ـ بيروت/ دمشق .

١٩٩ـ زاد المعاد في هدي خير العباد ، للإمام أبي عبد ا محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية) ، تحقيق شعيب الأرنؤوط / عبد القادر الأرنؤوط ، ط الثامنة ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ، مكتبة المنار الإسلامية ـ الكويت .

٢٠٠ـ مجموع الفتاوى ، للإمام ابن تيمية الحفيد ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، ط الأولى سنة ١٣٩٨هـ .

٢٠١ـ مدارج السالكين بين منازل إياك نَعبد وإياك نَستَعِين ، للإمام أبي عبد ا محمد ابن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية) ، طبعة أولى ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م ، دار التراث العربي ـ القاهرة .



رســائل جامعية :

٢٠٢ـ انقضاء سلطة العقاب بالتقادم ، محمد عوض الأحول ، دكتوراه ، حقوق القاهرة ، ١٩٦٤ م .

٢٠٣ـ تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، أحمد حسني أحمد طه، دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م .

٢٠٤ـ الحيازة في القانونين اليمني والمصري ، آثارها وحمايتها، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، علي محمد أحمد اليناعي ، دكتوراه ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م

٢٠٥ـ سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، نبيل عبد الصبور محمد النبراوي، دكتوراه ، كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، ١٩٩٥م .

٢٠٦ـ نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون ، حامد محمد عبد الرحمن ، دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م .

الفهارس التفصيلية

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة

الآيـة	رقمهـا	الصفحة
فمن شهد منكم الشهر فليصمه	١٨٥	٢٦٣
فعدةٌ من أيامٍ أُخر	١٨٤ ، ١٨٥	٢٧٧
وأتموا الحج والعمرةَ لله	١٩٦	٢٨٧
فأتمهن	١٢٤	٢٨٨
ثم أتموا الصيام إلى الليل	١٨٧	٢٨٨
يا أيها الذين ءامنوا كُتب عليكم الصيام	١٨٣	٢٨٨
الحج أشهر معلوماتٌ	١٩٧	٢٩٨
وعلى المولود له رزقهن	٢٣٣	٣٥٠ش
ولا تكتموا الشهادةَ ومن يكتمها فإنه ءاثم قلبه	٢٨٣	٤٠٥

سورة آل عمران

الآية	رقمها	الصفحة
وسارعوا إلى مغفرةٍ من ربكم	١٣٣	٢٤١
ولله على الناس حج البيتِ من استطاع إليه سبيلا	٩٧	٢٨٢

سورة النساء

الآية	رقمها	الصفحة
إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء	٤٨ ، ١١٦	٢١٢
إن الصلاةَ كانت على المؤمنين كتابا موقوتًا	١٠٣	٢٤٢
واللاتي يأتين الفاحشةَ من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعةً منكم	١٥	٣٧١ش
فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن	٢٤	٤٥٤
فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوتِ	١٥	٤٥٥

سورة المائدة

الآية	رقمها	الصفحة
يا أَيها الَّذِين ءامنُوا لاَ تَسأَلُوا عن أَشْياء إِن تُبد لَكُم تَسؤْكُم	١٠١	٢٩٢ش
إِنما جزاء الَّذِين يحاربون الله ورسولَه	٣٣	٣٩٥ش
لَيس علَى الَّذِين ءامنُوا وعمِلُوا الصالِحاتِ جنَاح	٩٣	٤٢٨

سورة الأعراف

الآية	رقمها	الصفحة
وأْمر بِالْعرفِ وأَعرِض عن الجاهِلِين	١٩٩	٤٦
ويحِل لَهم الطيباتِ ويحرم علَيهم الخَبائِثَ	١٥٧	١٩٦

سورة التوبة

الآية	رقمها	الصفحة
نَسوا الله فَنَسِيهم	٦٧	٢١٨
يا أَيها الَّذِين ءامنُوا إِنما المشْرِكُون نَجس	٢٨	٢٩٤ ، ٢٩٥

سورة هود

الآية	رقمها	الصفحة
إِن الحسنَاتِ يذْهِبن السيئَاتِ	١١٤	٢٥٣

سورة إبراهيم

الآية	رقمها	الصفحة
تُؤْتِي أُكُلَها كُلَّ حِينٍ	٢٥	٣٧٨

سورة الكهف

الآية	رقمها	الصفحة
واذْكُر ربك إِذَا نَسِيتَ	٢٤	٢١٨

سورة الطلاق

الصفحة	رقمها	الآية
٧١	٢	وأقيموا الشهادةَ لِلهِ

سورة الإنسان

الصفحة	رقمها	الآية
٣٧٨	١	هلْ أتَى على الإنسان حِين من الدهر

سورة القارعة

الصفحة	رقمها	الآية
٢٥٣	٧،٦	من ثَقُلَتْ موازينُه فهو في عِيشَةٍ راضِيةٍ
٢٥٣	٩،٨	من خَفتْ موازينُه فأُمه هاوِيةٌ

سورة الماعون

الصفحة	رقمها	الآية
٢٤٠	٥،٤	فَويلٌ للْمصلين الذِين هم عن صلاتِهم ساهون

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس الأعـــلام

(أ)

(ب)

(ت)

(ث)

(ز)

(س)

(ش)

(ص)

(ض)

(ط)

(ع)

(غ)

(ف)

(ق)

(ك)

(ل)

(م)

(ن)

(هـ)

(و)

(ي)

فهرس الأماكن والبلدان والقبائل

فهرس تفصيلي للموضوعات

٢ ـ رأي المالكية ٢٣ : ٤٥

قول ابن رشد في المسألة ٢٣ : ٢٥ ـ التعليق عليه ٢٥ ، ٢٦ ـ اعتراض ابن رحال على قول ابن رشـد ٢٦ ـ رد الرهوني على ابن رحـال ٢٦ : ٢٨ ـ التعليق على كلام الرهوني ٢٨ ، ٣٠ ـ مناقشة ما ذكره الدكتور عبد الجواد من أن للمالكية رأيا راجحا وآخر مرجوحا في نقل الملكية بالحيازة وحدها ، والصواب هو أن فقهاء المذهب متفقون على أن الحيازة المجردة لا تنقل ملكـا ٣١ : ٣٧ ـ مناقشة الدكتور عبد الجواد فيما نسبه للإمام مالك بأنه يقول بأن الحيازة تسقط الملك عن صاحبها وتنقله إلى الحائز ٣٧ : ٤٥ .

٣ ـ رأي ابن القيم ٤٥ ، ٤٦

وافق ابن القيم المالكية في رد دعوى المحوز عليه الساكت على حيازة غيره ملكه دون أن يكون له عذر في سكوته هذا ٤٥ ، ٤٦ ـ موافقته أيضا في وجوب ادعاء الحائز ملكية ما يحوزه حتى يقضى بملكيته ٤٥ ، ٤٦ .

٤ ـ رأي الإباضية ٤٦ ، ٤٧

مناقشة الدكتور عبد الجواد فيما نسبه إلى الإباضية من أنهم يأخذون بنظام الحيازة بنفس النظام الذي يأخذ به القانون المدني المصري ٤٦ ، ٤٧ ـ الإباضية أيضا يوافقون المالكية في رأيهم ٤٧ .

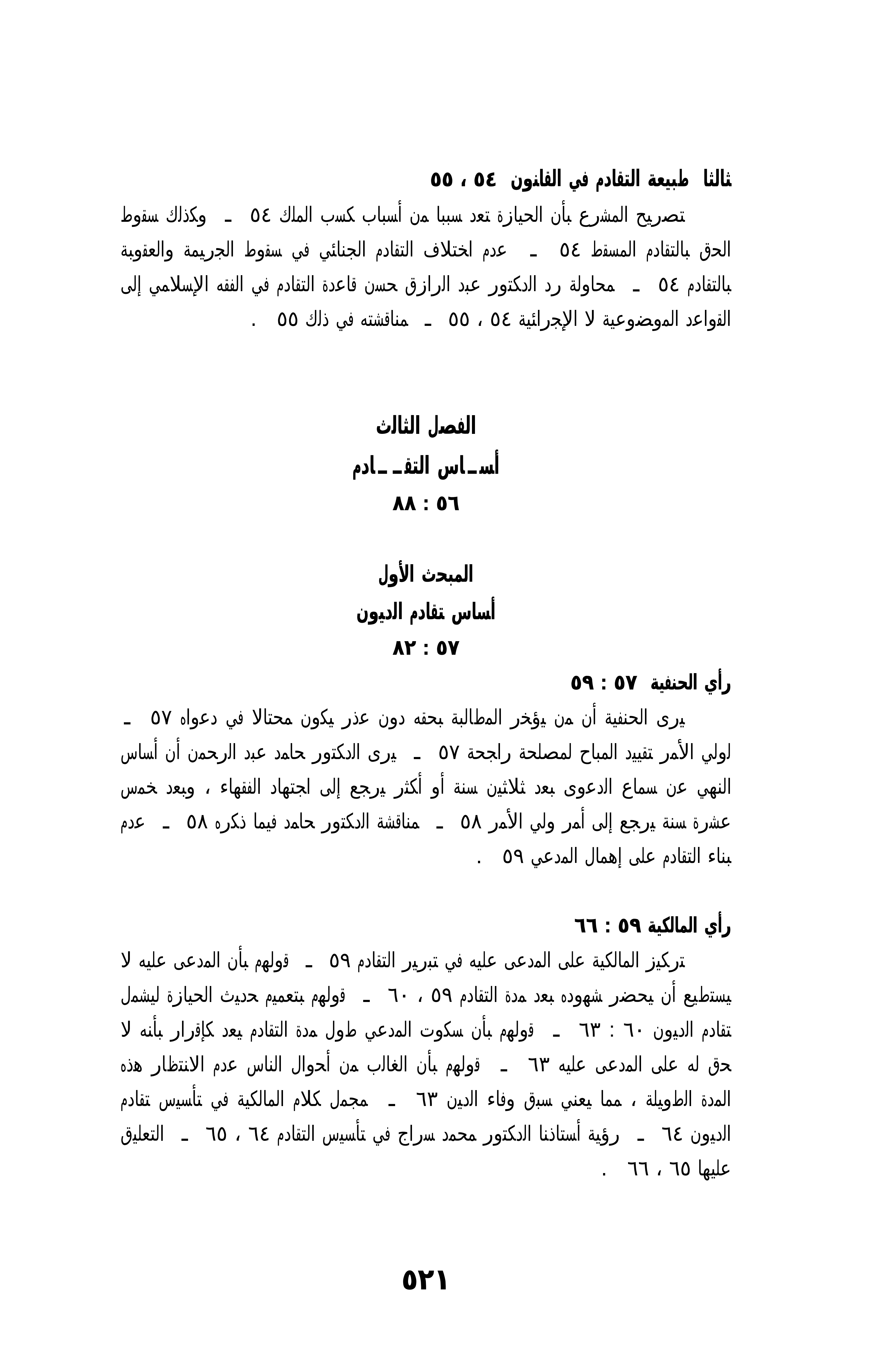
ثانيا طبيعة تقـادم الديون ٤٨ : ٥٣

١ ـ رأي الحنفية ٤٨

تصريح الحنفية بأن التقادم يسقط الدعوى فحسب دون المساس بموضوعها ، بحيث إذا اعترف المدعى عليه بحق المدعي فإنه يلزمه الوفاء به قضاء وديانة ٤٨ .

٢ ـ رأي المالكية ٤٨ : ٥٣

ما ذكـره الدكتور عبد الجـواد عن عدم تعرض الإمام مالك لسقوط الدين نفسه بالتقادم ٤٨ ـ التعليق على كلام الدكتور عبد الجواد ٤٩ ـ كلام الدكتور عبد الجواد في بيان موقف فقهاء المالكية في المسألة ، وما يذكره من أن الحطاب يعد أول من وضع أساس قاعدة الدفع بالتقادم ٤٩ : ٥١ ـ مناقشة الدكتور عبد الجواد في قوله هذا ٥١ : ٥٣ .



ثالثا طبيعة التقادم في القانون ٥٤ ، ٥٥

تصريح المشرع بأن الحيازة تعد سببا من أسباب كسب الملك ٥٤ ـ وكذلك سقوط الحق بالتقادم المسقط ٥٤ ـ عدم اختلاف التقادم الجنائي في سقوط الجريمة والعقوبة بالتقادم ٥٤ ـ محاولة رد الدكتور عبد الرازق حسن قاعدة التقادم في الفقه الإسلامي إلى القواعد الموضوعية لا الإجرائية ٥٤ ، ٥٥ ـ مناقشته في ذلك ٥٥ .

الفصل الثالث

أسـاس التقـادم

٥٦ : ٨٨

المبحث الأول

أساس تقادم الديون

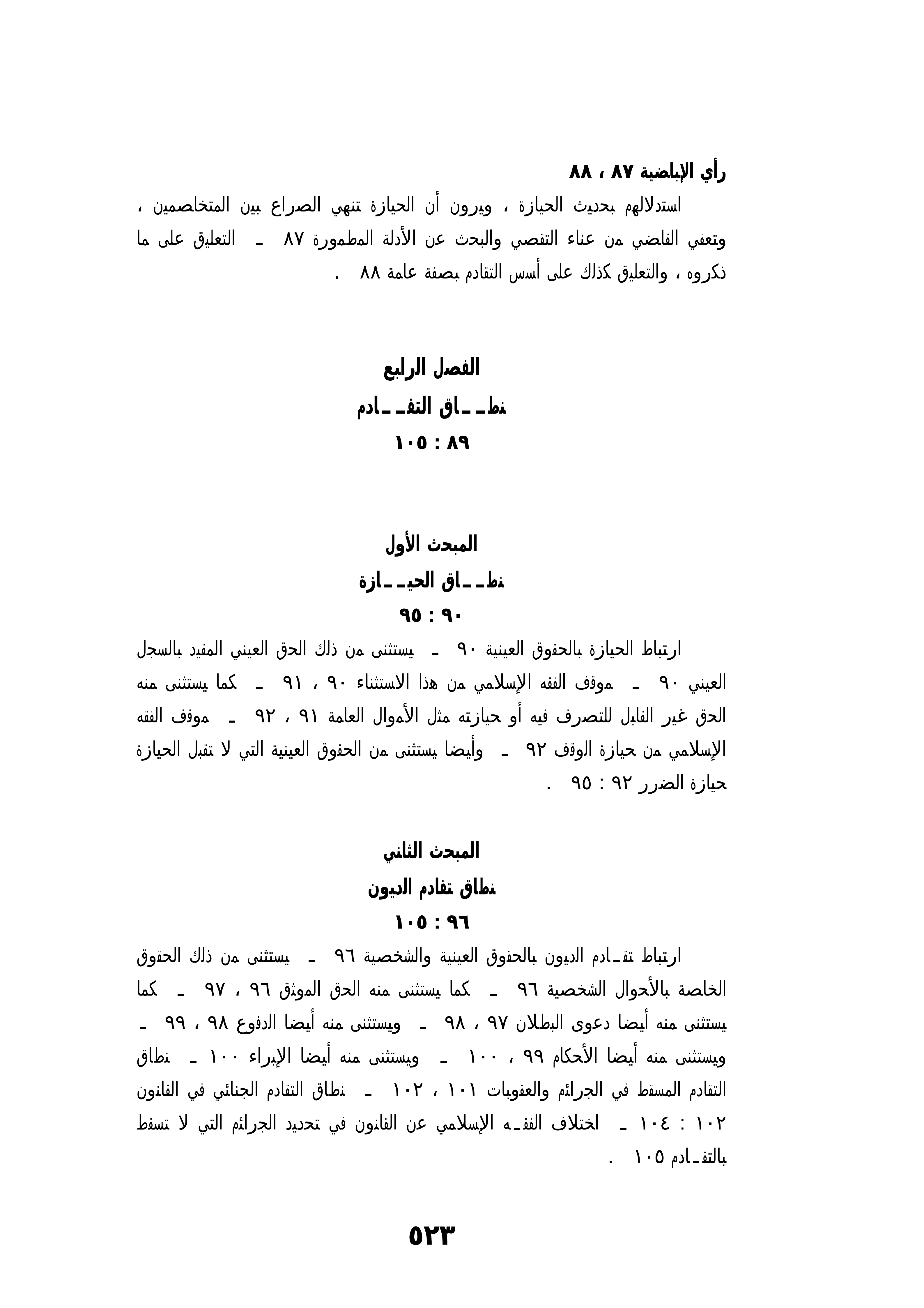
٥٧ : ٨٢

رأي الحنفية ٥٧ : ٥٩

يرى الحنفية أن من يؤخر المطالبة بحقه دون عذر يكون محتالا في دعواه ٥٧ ـ لولي الأمر تقييد المباح لمصلحة راجحة ٥٧ ـ يرى الدكتور حامد عبد الرحمن أن أساس النهي عن سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة أو أكثر يرجع إلى اجتهاد الفقهاء ، وبعد خمس عشرة سنة يرجع إلى أمر ولي الأمر ٥٨ ـ مناقشة الدكتور حامد فيما ذكره ٥٨ ـ عدم بناء التقادم على إهمال المدعي ٥٩ .

رأي المالكية ٥٩ : ٦٦

تركيز المالكية على المدعى عليه في تبرير التقادم ٥٩ ـ قولهم بأن المدعى عليه لا يستطيع أن يحضر شهوده بعد مدة التقادم ٥٩ ، ٦٠ ـ قولهم بتعميم حديث الحيازة ليشمل تقادم الديون ٦٠ : ٦٣ ـ قولهم بأن سكوت المدعي طول مدة التقادم يعد كإقرار بأنه لا حق له على المدعى عليه ٦٣ ـ قولهم بأن الغالب من أحوال الناس عدم الانتظار هذه المدة الطويلة ، مما يعني سبق وفاء الدين ٦٣ ـ مجمل كلام المالكية في تأسيس تقادم الديون ٦٤ ـ رؤية أستاذنا الدكتور محمد سراج في تأسيس التقادم ٦٤ ، ٦٥ ـ التعليق عليها ٦٥ ، ٦٦ .



رأي الإباضية ٨٧ ، ٨٨

استدلالهم بحديث الحيازة ، ويرون أن الحيازة تنهي الصراع بين المتخاصمين ، وتعفي القاضي من عناء التقصي والبحث عن الأدلة المطمورة ٨٧ ـ التعليق على ما ذكروه ، والتعليق كذلك على أسس التقادم بصفة عامة ٨٨ .

الفصل الرابع
نطـ ـاق التقـ ـادم
٨٩ : ١٠٥

المبحث الأول
نطـ ـاق الحيـ ـازة
٩٠ : ٩٥

ارتباط الحيازة بالحقوق العينية ٩٠ ـ يستثنى من ذلك الحق العيني المقيد بالسجل العيني ٩٠ ـ موقف الفقه الإسلامي من هذا الاستثناء ٩٠ ، ٩١ ـ كما يستثنى منه الحق غير القابل للتصرف فيه أو حيازته مثل الأموال العامة ٩١ ، ٩٢ ـ موقف الفقه الإسلامي من حيازة الوقف ٩٢ ـ وأيضا يستثنى من الحقوق العينية التي لا تقبل الحيازة حيازة الضرر ٩٢ : ٩٥ .

المبحث الثاني
نطاق تقادم الديون
٩٦ : ١٠٥

ارتباط تقـ ـادم الديون بالحقوق العينية والشخصية ٩٦ ـ يستثنى من ذلك الحقوق الخاصة بالأحوال الشخصية ٩٦ ـ كما يستثنى منه الحق الموثق ٩٦ ، ٩٧ ـ كما يستثنى منه أيضا دعوى البطلان ٩٧ ، ٩٨ ـ ويستثنى منه أيضا الدفوع ٩٨ ، ٩٩ ـ ويستثنى منه أيضا الأحكام ٩٩ ، ١٠٠ ـ ويستثنى منه أيضا الإبراء ١٠٠ ـ نطاق التقادم المسقط في الجرائم والعقوبات ١٠١ ، ١٠٢ ـ نطاق التقادم الجنائي في القانون ١٠٢ : ١٠٤ ـ اختلاف الفقـ ـه الإسلامي عن القانون في تحديد الجرائم التي لا تسقط بالتقـ ـادم ١٠٥ .

الفصل الخامس

مـدة التقـادم

١٠٦ : ١١٨

انتهى متأخرو الحنفيـة إلى تحديدها بخمس عشرة سنة ، وتسمع دعـوى الأراضي الأميرية بعد عشر سنين فقط ١٠٦ ـ تقليل الحنفية عدد السنين عما ذكر في الملك الخاص ١٠٦ ـ تفرقة الحنفية بين الأجنبي والقريب في تحديد مدة سماع دعوى الملك ١٠٦ : ١٠٨ ـ رأي الإمام مالك فيمن يحضر مجلس تفويت ملكه ١٠٨ ـ ما يذكره ابن عاصم صاحب التحفة في ذلك ١٠٩ ـ تناول قوله بالشرح والمناقشة ١٠٩ : ١١٢ ـ تقسيم المسألة إلى قسمين : أولهما حكم من يحضر مجلسا يرى فيه تفويت ماله ، والآخر من غاب عن هذا المجلس ١١٢ ـ شرح القسم الأول ١١٢ ، ١١٣ ـ شرح القسم الثاني ١١٣ : ١١٦ ـ أعمال الرخص والمسامحة ١١٦ ، ١١٧ ـ مناقشة المالكية في تحديدهم مدة الحيازة بعشر سنين ١١٧ ، ١١٨ ـ ترجيح القـول بترك تحديد مدة الحيازة لولي الأمر ١١٨ .

الفصل السادس

وقـف التقـــادم

١١٩ : ١٥٩

المبحث الأول

تعريف وقف التقادم

١٢٠

مفهوم الفقهاء لوقف التقادم ١٢٠ ـ لا يلزم أن يعرض سبب وقف التقادم في وسط المدة أو نهايتها ١٢٠ ـ تعريف الدكتور حامد عبد الرحمن لوقف التقادم ١٢٠ ـ التعليق على التعريف ١٢٠ .

المبحث الثاني

أسباب وقف التقادم

١٢١ : ١٥٢

السبب الأول عدم العلم بموضوع الحق ١٢١ : ١٣١

تقسيم عدم علم المدعي في الحيازة إلى ثلاثة أقسام ١٢١ – القسم الأول هو عدم علمه بأن حيازة غيره تمنعه من ملكه بتقادمها برغم علمه بها ١٢١ – شرح هذا القسم ١٢١ ، ١٢٢ – القسم الثاني هو عدم علم المدعي بأن المحوز هو ملكه ، مع علمه بالحيازة ١٢٣ – شرح هذا القسم ١٢٣ : ١٢٦ – القسم الثالث هو عدم علم المدعي بحيازة ملكه مع علمه بملكيته له ١٢٦ – شرح هذا القسم ١٢٦ : ١٣١ – عدم علم المدعي في تقادم الديون ١٣١ – الجهل بالحق في القانون ١٣١ .

السبب الثاني الغيبـــة ١٣٢ : ١٤٠

الغيبة قد تتعلق بالمدعي أو المدعى عليه ، سواء في الحيازة أو تقادم الديون ١٣٢ – غياب المدعي المحوز عليه عما يدعيه ١٣٢ : ١٣٨ – غياب المدعى عليه الحائز ١٣٨ غياب المدعي الدائن في تقادم الديون ١٣٨ – غياب المدعى عليه المدين ١٣٨ ، ١٣٩ – الغيبة في القانون ١٣٩ ، ١٤٠ .

السبب الثالث عوارض الأهلية ١٤٠ : ١٤٥

١ – الخوف والإكراه ١٤٠ : ١٤٣

ما يذكره الدكتور عبد الجواد في هذا الصدد ١٤٠ : ١٤٢ – معنى اختلاف نوع التهديد ١٤٢ – موقف القانون من هذا السبب ، ومناقشة الدكتور عبد الجواد فيما ذكره ١٤٢ ، ١٤٣ .

٢– الجنون ، العته ، الصغر ..... ١٤٣ : ١٤٥

لا خلاف عند المالكية في وقف التقادم مع هذه العوارض إذا لم يكن ولي أو وصي ١٤٣ – الحكم عند وجـود ولي أو وصي ١٤٣ ، ١٤٤ – رأي الحنفية في المسألة ، ومناقشة الدكتور حامد عبد الرحمن فيما رجحه في مذهبهم ١٤٤ ، ١٤٥ .

السبب الرابع العلاقات الخاصـة ١٤٥ : ١٥٠

تأثير علاقة القرابة والزوجية في الحيازة ، ومناقشة الدكتور حامد في هذا الصدد ١٤٥ : ١٤٧ – تأثيرها في تقادم الديون ١٤٧ ، ١٤٨ – موقف القانون ١٤٨ : ١٥٠

المبحث الثاني

أسباب انقطاع التقادم

١٦٣ : ١٧٤

السبب الأول تخلي الحائز عن حيازته ١٦٣ : ١٦٥

تصور وجود هذا السبب في الحيازة دون تقادم الديون ١٦٣ ـ النص الوارد عن الإباضية في وقف التقـادم يصلح للاستشهاد به في الانقطاع ١٦٣ ـ تخلي الحائز عن حيازته في القانون ١٦٣ : ١٦٥ ـ موافقة القانون لأحد أقوال الإباضية في المسألة ١٦٥

السبب الثاني المطالبة بالحق وما في معناها ١٦٥ : ١٦٨

اشتراط الحنفية لقبول المطالبة وسماعها أن تتم في مجلس القضاء ١٦٥ ـ اختلاف المالكية في المسألة ١٦٥ ـ ما ينبغي ترجيحه في الزمن الحاضر ١٦٦ ـ المطالبة بالحق في القانون ١٦٦ : ١٦٨ ـ مبادئ الفقه الإسلامي لا تتعارض وتفصيلات القانون في هذا الأمر ١٦٨ .

السبب الثالث الإقرار بالحق ١٦٩ : ١٧٣

إقرار المدعى عليه بحق المدعي يعد مانعا للتقادم وليس قاطعا له فحسب ١٦٩ ـ ما ذكره الدكتور حامد في اشتراط أن يكون إقرار المدعى عليه أمام القضاء ١٦٩ ، ١٧٠ ـ مناقشة الدكتور حامد فيما ذكره ١٧١ : ١٧٣ .

السبب الرابع اختلاف الديانة ١٧٤

يرى الإباضية أن مدة التقادم تستأنف من جديد لهذا السبب ١٧٤ ـ عدم تصويب رأيهم في هذا الأمر ١٧٤ .

المبحث الثالث

أثر انقطاع التقـادم

١٧٥ ، ١٧٦

أبرز أثر لانقطاع التقادم هو استئناف مدة التقادم ١٧٥ ـ الانقطاع الطبيعي والانقطاع المدني ١٧٥ ـ استثناء حالة التضامن من الانقطاع المدني ١٧٥ ـ استثناء حالة عدم القابلية للانقسام منه أيضا ١٧٦ ـ استثناء حالة الكفالة منه أيضا ١٧٦ .

طهارة النجاسة بالاستحالة ١٩٥ ، ١٩٦

ذهب الحنفية والمالكية وغير ظاهر مذهب الحنابلة والظاهرية والإباضية والزيدية والإمامية إلى طهارة النجاسة المستحيلة إلى طهارة ١٩٥ - اقتصار الشافعية على طهارة شيئين : جلد الميتة المدبوغ ، والخمر التي استحالت بنفسها خلا ١٩٥ - اقتصار ظاهر مذهب الحنابلة على الثاني فحسب ١٩٥ - تصويب ابن تيمية رأي الجمهور ١٩٥ ، ١٩٦

قضاء المغمى عليه والمجنون الفوائت ١٩٧ : ٢٠٧

رأي الحنفية وأدلتهم ١٩٧ : ١٩٩ - رأي المالكية وأدلتهم ٢٠٠ : ٢٠٢ - مناقشة الإمام محمد بن الحسن أهل المدينة في المسألة ٢٠٢ - موافقة الشافعية والظاهرية والزيدية وراجح الإباضية والأظهر عند الإمامية المالكيـة ٢٠٣ - رأي الحنابلة ٢٠٤ ، ٢٠٥ - ما يبدو راجحا في المسألة ٢٠٥ .

هل يقضي الصلاة من تكاسل عنها ؟ وهل يعين زمن الفوائت ؟ ٢٠٦ : ٢٦٧

ارتباط مسألة تعيين زمن الفوائت بمسألة قضاء الصلاة ممن تكاسل عنها ٢٠٦ - الجمهور على وجوب القضاء ٢٠٦ ، ٢٠٧ - وذهب الظاهرية وابن تيمية وابن القيم ومن وافقهم إلى أن القضـاء غير مشروع ، وما يجب هو الإكثار من صلاة التطوع والندم والاستغفار ، ولا سبيل إلى استدراك ما فاته ٢٠٧ .

الدليل الأول للجمهور هـو القياس بأولى على قضاء من نسي الصلاة أو نام عنهـا ٢٠٧ ، ٢٠٨ - انتقاد الإمام ابن حزم هـذا الدليل ٢٠٨ - تعليق على انتقاده ٢٠٨ : ٢١٠ - الحافظ ابن حجر ينقل عمن يقول بعدم القضاء اعتراضا آخر على هذا القياس ٢١٠ - الحافظ نفسه يجيب على هذا الاعتراض ٢١٠ - انتقاد الإمام ابن القيم هذا القياس ٢١٠ : ٢١٢ - تعقيب على هذا الانتقاد ٢١٢ : ٢١٧ - الأدلة الأخرى التي استدل بها الجمهور والمتعلقة بما بني عليه هذا القياس لم تسلم من الانتقادات ٢١٧ : ٢١٩ .

الدليل الثاني والثالث هو أن الصلاة ديـن سبحانه كسائر ديونه من صـوم وحج وغير ذلك فوجب قضاؤها ، ثم القياس على الصوم ، وهو عبادة مؤقتة مثل الصلاة ، وقد ورد النص فيه بقضائه على العامد والمعذور ٢٢٠ - قول ابن عبد البر في هذا الصدد ٢٢٠ ، ٢٢١ - انتقادات ابن القيم قـول ابن عبد البر ومناقشة هـذه الانتقادات ٢٢١ : ٢٣٢ .

الدليل الرابع هو أن النبي صلى ا عليه وسلم سمى من ترك الصلاة عمدا مفرطا ، وبرغم هذا لم يمنعه من قضائها ٢٣٢ ـ قول ابن عبد البر في هذا الدليل ٢٣٢ ، ٢٣٣ ـ رد ابن القيم على هذا الاستدلال ٢٣٣ ـ تعليق على رد ابن القيم ٢٣٣ .

الدليل الخامس هو أن قضاء العبادة المؤقتة لا يحتاج لأمر جديد ، وإنمـا يكتفى في أدائه بالأمرالأول ٢٣٣ ـ كلام الشوكاني في هذا الدليل والتعليق عليه ٢٣٣ : ٢٣٩ .

الدليل السادس هو قياس الأولى على النذر المؤقت ٢٣٩ ـ دلالة النصوص على وجوب قضاء النذر المؤقت حتى لو انقضى أجله ٢٣٩ .

(١) والدليل الأول لابن حزم ومن تبعه هو الاستدلال ببعض آيات الكتاب كقوله تعالى فَخَلَفَ مِن بعدِهِم خَلْفٌ أَضاعوا الصلاةَ واتبعوا الشهواتِ فَسوفَ يلْقَون غَيا فلو كـان العامد لترك الصلاة مدركا لها بعد خروج وقتها لما كان له الويل ٢٤٠ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٢) الدليل الثاني هو أنه لا فرق بين من صلى قبل الوقت وبعده ، فكلاهما قد تعدى حدود ا سبحانه ٢٤١ ، ٢٤٢ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٢ : ٢٤٥ .

(٣) الدليل الثالث هو أن القضاء إيجاب شرع ، والشرع لا يجوز لغير ا تعالى على لسان رسوله صلى ا عليه وسلم ٢٤٥ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٤) الدليل الرابع هو أن تعمد ترك الصلاة إلى بعـد وقتها ، إما أن يكون طاعة أو معصية ، فإن قال المخالف إنه طاعة فقد خالف بذلك الكتاب والسنة والإجماع ، وإن قال معصية فقد صدق ، ومن الباطل أن تنوب المعصية عن الطاعة ٢٤٦ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(٥) الدليل الخامس هو أن الشرع قد حدد أوقات الصلاة ، ولو جاز أداؤها بعد الوقت لما كان لتحديده صلى ا عليه وسلم معنى ، ولصار لغوا من الكلام ، وحاش من هـذا ٢٤٧ ، ٢٤٨ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٨ .

(٦) الدليل السادس هو أنه لو كان القضاء واجبا على العامد لترك الصلاة حتى يخرج وقتها لما أغفل ا تعالى ولا رسوله صلى ا عليه وسلم ذلك ، ولا نسياه ، ولا تعمدا إعناتنا

بترك بيانه وما كان ربك نَسِيا ، وكل شريعة لم يأت بها القرآن ولا السنة فهي باطل ٢٤٨ ، ٢٤٩ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٩ : ٢٥١ .

(٧) الدليل السابع هو الاستدلال بقوله صلى ا عليه وسلم (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله) فصح أن ما فات فلا سبيل إلى إدراكه ، ولو أدرك أو أمكن أن يدرك لما فات ، كما لا تفوت المنسية أبدا ، وهذا لا إشكال فيه ٢٥١ ، ٢٥٢ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

(٨) الدليل الثامن هو الاستدلال بأن صلاة التطوع تجبر نقص الفريضة ، فلا قضاء إذن ٢٥٣ ، ٢٥٤ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

(٩) الدليل التاسع هو أن الصلاة في الوقت واجبة على كل حال ، حتى إنه يترك جميع الواجبات والشروط لأجل الوقت ٢٥٥ ، ٢٥٦ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(١٠) الدليل العاشر هو الاستدلال بقوله صلى ا عليه وسلم (من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر) ٢٥٧ ، ٢٥٨ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٨ .

(١١) الدليل الحادي عشر هو أنه في إيجاب القضاء عليه تنفير عظيم عن التوبة ٢٥٨ ، ٢٥٩ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٩ : ٢٦١ .

(١٢) الدليل الثاني عشر هو الاستدلال ببعض الآثار عن بعض الصحابة والتابعين ، ينتهي جميعها إلى عدم صحة أداء الصلاة في غير وقتها ، وأنه لا سبيل لاستدراكها إذا فات الوقت ٢٦١ ـ التعليق على هذا الاستدلال ٢٦١ .

التعقيب بقول ابن رشد الحفيد في التعليق على بعض أدلة الفريقين ٢٦١ ، ٢٦٢ ـ ترجيح رأي الجمهور في القول بوجوب القضاء ٢٦٢ ـ العودة إلى المسألة الأولى الخاصة بتعيين زمن قضاء الفوائت ٢٦٣ ـ رأي الحنفية ٢٦٣ ، ٢٦٤ ـ رأي الحنابلة ٢٦٤ ، ٢٦٥ ـ رأي المالكية ٢٦٥ ـ رأي الشافعية ٢٦٥ ـ رأي الظاهرية في الصلوات المنسية ٢٦٥ ، ٢٦٦ ـ رأي الزيدية ٢٦٦ ـ رأي الإمامية ٢٦٧ ـ رأي الإباضية ٢٦٧ ـ ترجيح قول من قال بعدم وجوب تعيين زمن الفوائت ٢٦٧ .

تقـ ـادم الزكـاة ٢٦٨ : ٢٧٥

رأي الحنفية ٢٦٨ ، ٢٦٩ ـ رأي المالكية ٢٦٩ ، ٢٧٠ ـ رأي الشافعية ٢٧١ رأي الحنابلة ٢٧٢ : ٢٧٤ ـ رأي الظاهرية ٢٧٤ ـ الراجح في المسألة ٢٧٤ ، ٢٧٥

تقـ ـادم الصـوم ٢٧٦ : ٢٨٠

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن بعض أصحاب الأعذار كالمسافر ، إذا لم يصم ما عليه حتى دخل عليه رمضان آخر ، ولم يكن معذورا في هذا التأخير ، فإنه يصوم رمضان الحاضر ، ثم يقضي ما عليه من رمضان الأول ، ويفدي ـ بجانب القضاء ـ عن كل يوم أفطره ٢٧٦ ، ٢٧٧ ـ وذهب الحنفية والظاهرية والزيدية إلى الاقتصار على القضاء فحسب ٢٧٧ ، ٢٧٨ ـ ترجيح عدم وجوب الفدية ٢٧٨ : ٢٨٠ .

تقـ ـ ـادم الحج ٢٨١ : ٣٢٣

ذهب محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة ، والقول الآخر للمالكية ، والشافعية ، والأصح عند الإباضية إلى أن الحج يجب على مستطيعه متراخيا ٢٨١ .

(١) والدليل الأول لهذا الفريق هو أن النبي صلى ا عليه وسلم لم يحج إلا في سنة عشر ، وكان الحج قد فرض قبل ذلك ، فدل تأخيره صلى ا عليه وسلم أداء الحج على وجوبه متراخيا ٢٨١ : ٢٩٧ ـ وقد تعددت الأقوال في سنة فرض الحج كما يأتي :

١ ـ القول بأنه كان مفروضا في مكة ٢٨١ ، ٢٨٢ ـ مناقشة هذا القول ٢٨٢ : ٢٨٤ .

٢ ـ وقيل إنه فرض سنة ثلاث ٢٨٥ ـ مناقشة هذا القول ٢٨٥ .

٣ ـ وقيل إنه فرض سنة خمس ٢٨٥ ، ٢٨٦ ـ مناقشة هذا القول ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

٤ ـ وقال الجمهور إنه فرض سنة ست ٢٨٧ ، ٢٨٨ ـ مناقشة هذا القول ٢٨٨ ، ٢٨٩

٥ ـ وقيل إنه فرض سنة سبع ٢٩٠ ـ مناقشة هذا القول ٢٩٠ .

٦ ـ وقيل إنه فرض سنة ثمان ٢٩٠ ـ مناقشة هذا القول ٢٩٠ .

٧ ـ ترجيح القول بأن الحج فرض سنة تسع ٢٩١ : ٢٩٣ .

أقوال الفقهـاء في بيان تأخير النبي صلى ا عليه وسلم الحج إلى العام العاشـر ٢٩٣ : ٢٩٧ .

(٢) والدليل الثاني لمن يقول بالتراخي ، هـو أن المولى سبحانه قد فرض الحج دون تقييده بالفور ٢٩٨ ـ مناقشة هذا الدليل ٢٩٨ .

(٣) الدليل الثالث هو قوله صلى الله عليـه وسلم : '' لو أني استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة .... '' ٢٩٨ ـ مناقشة هذا الدليل ٢٩٨ .

(٤) الدليل الرابع هو قوله صلى الله عليه وسلم : '' من أحب أن يرجع بعمرة قبـل الحج فليفعل '' ٢٩٨ ـ مناقشة هذا الدليل ٢٩٩ .

(٥) الدليل الخامس هو قوله صلى الله عليه وسلم : '' لا تسـافر المرأة إلا مع ذي محرم ، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها محرم . فقال رجل : يا رسول الله ، إني أريد أن أخرج في جيش كذا وكذا ، وامرأتي تريد الحج ؟. فقال : اخرج معها . '' ٢٩٩ ـ مناقشة هذا الدليل ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٦) الدليل السادس هو قوله صلى الله عليه وسلم لامرأة من الأنصـار : ما منعك أن تحجي معنا ؟. قالت : كان لنا ناضح ، فركبه أبو فلان وابنه ـ لزوجها وابنها ـ وترك ناضحا ننضح عليه . قال : فإذا كان رمضان اعتمري فيه ؛ فإن عمرة في رمضان حجة . ٣٠٠ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٧) الدليل السابع هو أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم عمرة القضـاء وأخر الحج ، ولو كان الحج واجبا على الفور لقدمه صلى الله عليه وسلم على العمرة ٣٠١ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠١ .

(٨) الدليل الثامن هو أن الحج وقته العمر ، فصار هـذا العمر كوقت الصـلاة التي يجوز تأديتها في أي جزء من أجزائه ٣٠١ : ٣٠٣ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠٣ : ٣٠٥ .

(٩) الدليل التاسع هو القياس على الصوم ، فكما أن قضاء الصوم لا يجب على الفور فكذلك الحج ٣٠٥ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠٦ .

(١٠) الدليل العاشر هو أن من يؤخر الحج من سنة إلى أخرى ، ثم يحج بعد ذلك ، فإن حجه لا يوصف بالقضاء ، وإنما هو أداء ، ولو كان الحج واجبا على الفور لصار قضاء ٣٠٦ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠٦ : ٣٠٨ .

(١١) الدليل الحادي عشر هو أن صيغة الأمر بذاتها لا تمنع من إتيان الأمر متراخيا ٣٠٨ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠٨ .

(١٢) الدليل الثاني عشر هو أنه ـ ا حتى إذا قلنا إن صيغة الأمر بذاتها تمنع من إتيان الأمر متراخيا ، فإن السياق والقرائن هي التي تحدد الفور من التراخي ، والأمر بالحج يمكن حمله على التراخي بفعل النبي صلى ا عليه وسلم الذي أخر الحج إلى سنة عشر ، وكذا بالمشقة المتعلقة بفعله ٣٠٨ ، ٣٠٩ ـ مناقشة هذا الدليل ٣٠٩ .

(١٣) الدليل الثالث عشر هو أن مؤخر الحج لا يكون فاسقا ، ولا ترد شهادته ٣٠٩ مناقشة هذا الدليل ٣٠٩ ، ٣١٠ .

(١٤) الدليل الرابع عشر هو أن موت من يؤخر الحج مظنون ، فيقدم ظاهر الحـ ال عليه وهو حياته ٣١٠ ـ مناقشة هذا الدليل ٣١٠ ، ٣١١ .

هذه هي أدلة من يرى وجوب الحج متراخيا ، ويراعى أنهم قد قيدوا هـ ذا التراخي ببعض القيود ، وهي العزم على الفعل في المستقبل ، وأن لا يتضيق بنذر أو قضاء أو خوف عضب، وزاد بعض المالكية أن لا يتجاوز عمر من يؤخر الحج عن ستين سنة ٣١١ ، ٣١٢

والقول الآخر في المسألة هو القول بوجوب الحج على الفور على المستطيع ، وهو ما عليـ ه مذهب الحنفية ـ الراجح عن أبي حنيفة وما يقول به أبو يوسف ـ والقول الآخـ ر المعتمد عند المالكية ومذهب الحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والقول المرجوح عند الإباضية ٣١٢ . وأدلتهم هي :

الدليل الأول هو أن الأمر الأصل فيـ ه أن يكون للفور ، ولا يصرف عن الفـ ور إلا بقرينة ٣١٢ ـ مناقشة هذا الدليل ٣١٣ .

الدليل الثاني هو أن من لم يتم حجه لعارض أن عليـ ه قضاءه لقابل ، وإذا كان هـ ذا حال القضاء من عدم التأخير ففور الفرض أولى ٣١٣ ، ٣١٤ ـ مناقشة هذا الدليل ٣١٤

الدليل الثالث هو قوله صلى ا عليه وسلم : '' حجوا قبل أن لا تحجوا '' ٣١٤ ـ مناقشة هذا الدليل ٣١٥ .

الدليل الرابع هو قوله صلى ا عليه وسلم : '' من أراد أن يحج فليتعجل ؛ فإنه قد تضل الضالة ويمرض المريض وتعرض الحاجة '' ٣١٥ ـ مناقشة هذا الدليل ٣١٥ : ٣١٨ .

الدليل الخامس هو قولـه صلى ا عليه وسلم : '' من لم يمنعـه عن الحج حاجـة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، أو مرض حابس ، فمات ولم يحج ، فليمت إن شاء يهوديا وإن شاء نصرانيا '' ٣١٨ ـ مناقشة هذا الدليل ٣١٨ : ٣٢٣ .

الدليل السادس هو الاحتياط ، فإن الموت من سنة لأخرى غير نادر ، وآيات الكتاب التي تأمر بالمسارعة إلى الخيرات والتحذير من إتيان الأجل كثيرة فيه ، فهذا كله يمكن أن يكون قرينة على الفور حتى تبرأ ذمة المرء قبل موته ٣٢٣ .

وبعد أن وقفنا على أدلة الفريقين يمكن ترجيح أدلة الفور؛ لأنها سلمت في بعضها من الطعن فيهـا ، ولأنها في أغلبها نصوص قولية نص في الموضوع ، بخلاف أدلة التراخي التي عمدتها دليـل فعلي حمل معناه على دلالات أخرى غير التراخي ، ولأنها ليست نصا في الموضوع كأدلة الفور ، كما أن جميعها لم يسلم من توجيه الطعون إليها ٣٢٣ .

الفصل الثاني
تقـادم المعاملات
٣٢٤ : ٣٦٥

تقادم خيار العيب في البيع ٣٢٥ : ٣٣١

ذهب الحنفية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية إلى أن خيار العيب في البيـوع على التراخي ، فالمشتري إذا اطلع على عيب في المبيع فأخر رده فإن ذلك لايبطل خياره ٣٢٥ ، ٣٢٦ ـ وأما المالكية فقد ذهبـوا إلى وجوب رد المبيـع المعيب على الفـور ، وللمشتري رد هذا المبيع إذا مكث عنده اليوم ونحوه إذا حلف بأن تأخيره هذه المدة لم يكن رضا به ٣٢٧ ـ وأما الشافعية فقد أوجبوا الرد على الفور أيضا ، وأن أي تأخير دون عذر فيه يسقطه ٣٢٧ : ٣٢٩ ـ ترجيح رأي الشـافعية في المسألة مع بعض التفصيل ٣٢٩ : ٣٣١ .

تقـادم الشـفعة ٣٣٢ : ٣٤٢

قسم الحنفية مطالبة الشفيع بشفعته إلى طلب المواثبة ثم طلب التقرير والإشهاد ثم طلب الخصومة والتملك ٣٣٢ : ٣٣٤ ـ ورد عن الإمام مالك روايتان في الوقت الذي ينقطع فيه حق الشفعة عن الشفيع الحاضر العالم ببيع شريكه ، الأولى أنه لا حد لذلك ، والأخـرى

أن له حدا ٣٣٤ ، ٣٣٥ ـ الأظهر عند الشافعية أن الشفعة على الفور ٣٣٥ ، ٣٣٦ ـ الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى أنهـا على التراخي ٣٣٦ ، ٣٣٧ ـ وأما الظاهرية فقد ذهب ابن حزم إلى أن حق الشفعة لا يسقط إلا بترك الشفيع له ٣٣٧ ، ٣٣٨ ـ وذهب الزيدية إلى أن الشفعة على الفور ٣٣٩ ترجيح القول بأن الشفعة ليست على الفور ٣٣٩ : ٣٤١ ـ تقادم الشفعة في القانون ٣٤١، ٣٤٢ .

تقـ ـادم اللقطـة ٣٤٣ : ٣٤٨

اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي ينقطع بعدها التعريف باللقطة ، فذهب الحنفية إلى أن تحديد المدة إنما يرجع إلى قدر المال الملتقط ٣٤٣ ، ٣٤٤ ـ للمالكية رأي قريب من الحنفية ٣٤٤ ، ٣٤٥ ـ وقال الشافعية بالتعريف سنة للمال الكثير ، والقليل المتمول فيه قولان في المذهب ٣٤٥ ـ وقال الحنابلة بوجوب التعريف سنة في قليل المال وكثيره ، وأما ما لا تتبعه همة أوساط الناس وما لا يهتمون في طلبه فلم يوجبوا له تعريفا ٣٤٥ ـ وذهب الظاهرية والإمامية إلى وجوب التعريف سنة في لقطة المال باختلاف مقاديرها ٣٤٥ وقال الزيدية بوجوب السنة أيضا في كثير المال ، أما القليل ففيه خلاف ٣٤٥ ، ٣٤٦ ـ تفصيل وبيان ما يبدو صوابا في المسألة ٣٤٦ : ٣٤٨ .

تقادم نفقة الزوجة والأقارب ٣٤٩ : ٣٥٢

أولا تقادم نفقة الزوجة ٣٤٩ : ٣٥١

ذهب الجمهور من المالكية والشـافعية وأظهـر الروايتين عند الحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية إلى أن نفقة الزوجة لا تسقط بالتقادم ، حيث تظل دينـا على زوجها مثل سائر الديون ٣٤٩ ـ وذهب الحنفية والرواية الأخرى عند الحنابلة إلى أن نفقة الزوجة تسقط عن الزوج بالتقادم ، ما لم يفرضها الحاكم ولا اصطلح الزوجان على مقدارها، فلا تسقط بالتقادم إذا تحقق أحد الأمرين ٣٥٠ ـ ترجيح رأي الجمهور ٣٥١ .

ثانيا تقادم نفقة الأقارب ٣٥١ ، ٣٥٢

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن نفقة الأقارب تسقط بالتقادم ما لم يستدن من تجب له ٣٥١ ـ وقد استثنى المالكية من سقوط نفقة الأقارب بالتقادم فرض القاضي وكذلك أخذها من غير متبرع بعد فرضها ٣٥٢ ـ وللإباضية رأي مشابه للمالكية ٣٥٢ ـ ترجيح رأي الجمهور ٣٥٢ .

تقـــادم الغيـــاب ٣٥٣ : ٣٦٥

يرى الحنفية أنه لا يفرق بين المفقود وامرأته ٣٥٣ : ٣٥٧ ـ المفقود عند المالكية خمسة أقسام : مفقود في بلاد الإســلام في غير زمن الوباء ، أو فيه ، ومفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام ، ومفقود في أرض الشرك ، ومفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار . وحكم كل قسم ٣٥٧ ، ٣٥٨ ـ وقال الشافعية بلزوم الزوجية بين المفقود وامرأته ما لم يأت نبأ وفاته ٣٥٨ ، ٣٥٩ ـ المفقود عند الحنابلة قسمان : الأول أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته . والثاني أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، فظاهـــر المذهب أن زوجته تتربص أربع سنين ٣٥٩ : ٣٦٢ ـ ويرى الظاهرية أنه ليس لأحد أن يطلق عن أحد امرأته ٣٦٢ ، ٣٦٣ ـ وأما الزيدية فقد ذهبوا إلى أن امرأة المفقود لا يجوز لهـــا أن تتزوج إلا بعد وقوع أحد أمور أربعة هي : ردة المفقود أو طلاقه أو موته أو مضي عمره الطبيعي وعدتها للوفاة ، والمراد بالعمـــر الطبيعي هو أن العـــادة جارية أن ا سبحانه وتعالى لا يعمر أحدا أكثر من مائة وعشرين سنة ٣٦٣ ـ رأي الإمامية والإباضية ٣٦٤ ـ تعيين الراجح في المسألة ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

الفصل الثالث

تقادم الجرائم والعقوبات

٣٦٦ : ٤٧٥

المبحث الأول

أحكام تقادم الجرائم العقوبات في الفقه الإسلامي

٣٦٧ : ٤٢٢

المطلب الأول

تقـــادم الحـــدود

٣٦٨ : ٤١٨

الفرع الأول تقادم الجريمة الحدية ٣٦٩ : ٤٠٩

أولا رأي الجمهور ٣٦٩ : ٣٧٤

ذهب جمهورالفقهاء من المالكية، والشافعية، والرواية المعتمدة عن الحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية إلى أن جرائم الحدود لاتتقادم وأدلتهم على هذا ٣٦٩ : ٣٧٤

ثانيا رأي الحنفيـة ٣٧٥ : ٤٠٦

ذهب الحنفية إلى تقادم بعض الحدود، وعدم تقادم بعض آخر ٣٧٥ ـ تقادم الإقرار بالزنى ٣٧٥ ـ تقـادم الشهادة بالزنى ٣٧٥ : ٣٨٢ ـ تقـادم الإقرار بالقذف ٣٨٢ ـ تقادم الشهادة بالقذف ٣٨٢ ، ٣٨٣ ـ تقـادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر ٣٨٤ : ٣٨٦ ـ تقادم الشهادة بالشرب وتقادمها بالسكر ٣٨٦ : ٣٩٥ ـ تقادم الإقرار بالسرقة الصغرى والكبرى ٣٩٥ ، ٣٩٦ ـ تقادم الشهادة بالسرقة الصغرى والكبرى ٣٩٦ : ٤٠٢ جواب الحنفية على أدلة الجمهور ٤٠٢ : ٤٠٦ .

ثالثا رأي ابن أبي ليلى وزفر ٤٠٧ : ٤٠٩

ذهب ابن أبي ليلى وزفر إلى تقادم الإقرار في جميع جرائم الحدود ٤٠٧ ـ عرض أدلتهما ٤٠٧ ـ مناقشة هذه الأدلة ٤٠٨ ، ٤٠٩ .

الفرع الثاني تقادم العقوبة الحدية ٤١٠ : ٤١٨

اقتصار تقادم العقوبة الحدية على الشهادة دون الإقرار ٤١٠ ـ ذهب الحنفية إلى تقادم العقوبة الحدية المبنية على الشهادة ٤١٠ : ٤١٣ ـ استثنى الحنفيـة من ذلك حد القذف ٤١٣ ـ أما الجمهور فقد ذهب إلى عدم تقادم العقوبة الحدية ، وترجيح رأيه ٤١٣ : ٤١٨ .

المطلب الثاني

تقـادم التعـزير

٤١٩ : ٤٢٢

الحنفية لا يسقطون التعزير بالتقادم ٤١٩ ـ مناقشة الشهيد عبد القادر عودة في هذه الجزئية ٤٢٠ ـ لماذا لم يأخذ الحنفية بتقادم التعزير الخاص بحق ا سبحانه ؟ ٤٢٠ ـ مقارنة بين ما قاله الدكتور عبد العزيز عامر والشهيد عودة في هـذا الخصوص ٤٢٠ : ٤٢٢ .

"Part Two" discussed "Cases of Prescription in Islamic Jurisprudence" and is composed of three chapters:

Chapter One: Prescription of Worshipping
Chapter Two: Prescription of Dealings
Chapter Three: Prescription of Crimes and Punishments
Section I: Rules of Prescription of Crimes and Punishments
Section II: Discussion and Commentary
Section III: Prescription between Jurisprudence and Law

Finally, in the "Conclusion" the researcher demonstrates the result of the study, which he prays to God to be sound and beneficial .

The dissertation is composed of an introduction, two parts and a conclusion. In the "Introduction", the researcher surveyed previous research work that dealt with prescription showing how this treatise differs from those works.

"Part One" detailed the "General Rules of Prescription" and is composed of eight chapters:
Chapter One: Definition of Prescription

Chapter Two: Nature of Prescription

Chapter Three: Basis of Prescription
Section I: Basis of prescription of debts
Section II: Basis of acquisition

Chapter Four: Scope of Prescription of Debts
Section I: Scope of acquisition
Section II: Scope of prescription of debts

Chapter Five: Period of Prescription

Chapter Six: Termination of Prescription
Section I: Definition of termination of prescription
Section II: Causes of termination of prescription
Section III: Effect of termination of prescription

Chapter Seven: Discontinuation of Prescription
Section I: Definition of discontinuation of prescription
Section II: Causes of discontinuation of prescription
Section III: Effect of discontinuation of prescription

Chapter Eight: Effect of Prescription

Cairo University
Faculty of Dar Al ‘Ulum
Department of Islamic Shari’a

RULES OF PRESCRIPTION IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

A COMPARATIVE STUDY

Doctorate Dissertation

Prepared by
Mohammad Ahmad Hasan Ibrahim
Department of Islamic Shari’a

Supervised by
Professor Dr. Mohammad Beltagi Hasan
Professor & Head of the Department of Islamic Shari’a and former Dean

And

Professor Dr. Ibrahim Mohammad Abdel-Raheem
Faculty of Dar Al ‘Ulum

2004 - 1425